This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Roman
680
H 713

Digitized by Google

L.L
L. Rom. Ant. d. 28
Roman
680
H 713

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Kritische Studien

im

römischen Rechte.

Eine Festschrift

von

Dr. Franz Hofmann,

Professor an der Wiener Universität.

BODLEIAN LIBRARY
2 JUN 85
OXFORD.

Wien 1885.

Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I. Kohlmarkt 7.

Digitized by Google

Digitized by Google

Kritische Studien

im

römischen Rechte.

Eine Festschrift

von

Dr. Franz Hofmann,
Professor an der Wiener Universität.

Wien 1885.
Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I. Kohlmarkt 7.

Digitized by Google

BODLEIAN LIBRARY
2. JUN 85
OXFORD.

Digitized by Google

Leopold Pfaff

am 3. April 1885

in treuer Freundschaft

überreicht.

Digitized by Google

Digitized by Google

Lieber Freund!

Ein Vierteljahrhundert ist verflossen, seit Dir von unserer altehrwürdigen Alma Mater die Doctorwürde zu Theil geworden ist. Wie die vorhergegangenen vier „strengen Prüfungen“ noch nach Jahren nicht vergessen waren, weil sie schon an Deinem Berufe zum Gelehrten keinen Zweifel übrig ließen, so machte auch die Disputation von sich reden; sie ging am 30. März 1860 sub auspiciis Imperatoris in Gegenwart des damaligen Unterrichts-Ministers Grafen Leo Thun, des Reformators der österreichischen Universitäten, vor sich, mit Arndts, Glaser, Unger als „Opponenten“. Am 3. April folgte die Promotion.

Fünfundzwanzig Jahre nach erlangtem akademischen Grade gelebt zu haben, ist kein Verdienst; dagegen ebensoviele Jahre angestrengter wissenschaftlicher Thätigkeit verdienen immerhin ein festliches Wort. Ist nun auch ein solches Jubiläum zu einer officiellen Feier wenig geeignet, so kann doch der nächste Freund das-

Digitized by Google

selbe nicht unbemerkt vorübergehen lassen; ihm muß es vergönnt sein, diesem Tage ein öffentliches Zeichen der Erinnerung zu widmen.

Deine Studienzeit fiel in die 50ger Jahre, wo in Oesterreich (ähnlich wie in den 20ger Jahren im übrigen Deutschland) so viele Talente sich der Wissenschaft um so eifriger zuwandten, als ihnen eine Bethätigung im öffentlichen Leben versagt war. Merkwürdiger Weise war es gerade die Rechtswissenschaft, welche damals einen ungeahnten Aufschwung nahm. Die Ueberzeugung, daß auf diesem Gebiete viel Versäumtes nachzuholen sei, damit Oesterreich den Vergleich mit den deutschen Nachbarn bestehen könne, war unter der jüngeren Generation allgemein, aber ebenso auch die Zuversicht, daß es gelingen werde.

Vieles von dem damals in dieser und anderer Richtung Erstrebten ist heute verwirklicht; andererseits ist freilich Vieles anders gekommen, als die damalige Jugend gehofft hat.

Digitized by Google

Deinem bei der Promotion ausgesprochenen Vorsatze getreu, hast Du diese lange Zeit hindurch unermüdet und durch nichts entmuthigt mitgearbeitet an der Vertiefung der Rechtsstudien in Oesterreich, und namentlich an der Erforschung des heimischen Rechtes. Dieses Bewußtsein darf Dich heute mit gerechter Befriedigung erfüllen. Ich aber zähle zu dem Besten, was mir im Leben zu Theil geworden ist, unsere in gemeinsamer Arbeit erstarkte, in Freud und Leid erprobte Freundschaft, von der diese Blätter ein kleines Zeichen sind.

F. Hofmann.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorwort.

Wer diese kleine Schrift billig beurtheilen will, darf den Anlaß ihres Erscheinens nicht vergessen; ohne diesen würde die Veröffentlichung nachfolgender Aufsätze in Buchform kaum gerechtfertigt sein. Dem Charakter der Festschrift entspricht auch die Wahl der durchaus „unpraktischen" Stoffe. Ueber diese Art literarischer Thätigkeit ist in neuester Zeit hart geurtheilt worden; gleichwohl hat auch in der Rechtswissenschaft die Erkenntniß um ihrer selbst willen, und ohne alle Rücksicht auf praktische Anwendung, ihre Berechtigung. Jedenfalls darf ein Jurist, der so viel für die Praxis geschrieben, wie der Verfasser, sich auch einmal — zur Erholung von der Werktag-Arbeit — die Besprechung rein „akademischer" Fragen gönnen. Dieser Entschuldigung bedürfen der zweite und der fünfte Aufsatz, die übrigen weniger, der erste am wenigsten.

„Kritische Studien" sind diese Aufsätze betitelt, weil darin Widerspruch erhoben ist gegen verschiedene, zum Theile herrschende Ansichten; „gegen Irrthümer alter und neuer Juristen" würde Gesterding gesagt haben; aber man vermeidet besser diesen Ausdruck, wo Meinung gegen Meinung gestellt wird; denn wer hat die Wahrheit?

Es ist nicht die Lust, zu verneinen, welche diese kritischen Studien eingegeben hat; sie beharren auch nicht in der Negation, sondern streben überall nach positiven Ergebnissen. Sine ira et offensa sind sie geschrieben; mögen sie auch bona gratia gelesen werden!

Wien, im März 1885.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

I. Der Verfall der römischen Rechtswissenschaft 1
II. Quaestio Domitiana 39
III. Ueber den Grund des Anwachsungsrechtes unter Miterben 55
IV. Favor testamenti 101
V. Ueber Anwachsungsrecht beim testamentum militis 177
VI. Ueber das sog. formelle Notherbenrecht 195

Digitized by Google

I.

Der Verfall der römischen Rechtswissenschaft.

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Mit Modestin „erlosch der letzte Strahl der höchsten Geistes-kraft, zu welcher sich das Römerthum erhob, welche, wie das Alpen-glühen, wenn schon die Sonne versunken, noch von den Gipfeln leuchtet, nach dem Untergange der Nation die Welt noch lange ent-zückt hatte. Die Nacht kam plötzlich, ohne Uebergang, ohne Dämmerung. Kein stufenweises Sinken — allmäliges Erschlaffen und Zerbröckeln, wie bei der Geschichtschreibung, der Poesie und der bildenden Kunst.“ [1])

Aehnlich wie hier Esmarch, äußert sich auch Kuntze [2]): „Ueber-raschend schnell ... fällt die Wissenschaft des Rechts von ihrer Höhe ... Die Erscheinung ist fast ohne Gleichen, daß eine so hoch erhobene Wissenschaft so plötzlich in Nichts zusammensinkt und alle folgenden Juristen der Vergessenheit verfallen sind, gleich als wenn dieser Wissenschaft das Epigonenthum erspart werden sollte. War der Stoff mit seinen zahllosen Fragen wirklich so erschöpft? oder waren die Talente der alten Welt zu Ende?“ Die Verneinung beider Fragen versteht sich für Kuntze, und wohl auch für die meisten von uns ganz von selbst. [3]) Gleichwohl scheint Rudorff die erste [4]), Zimmern die zweite Frage bejahen zu wollen. [5])

---

1) Esmarch, Römische Rechtsgeschichte. 2. durchaus umgearbeitete Auf-lage. (Kassel 1880.) S. 377.

2) Excurse über römisches Recht. (2. Aufl. 1880.) S. 345.

3) Welche andere Auskunft Kuntze gibt, gehört an eine spätere Stelle.

4) Am Eingange des §. 77. Die Stelle ist weiter unten abgedruckt.

5) Geschichte des röm. Privatrechts bis Justinian. (Heidelberg 1826.) Zimmern sagt nämlich (S. 403): „Als von der Mitte des 3. Jahrhunderts an die Tüchtigkeit (der Männer, welche die Rechtspflege zum Berufe ihres Lebens machten) im Abnehmen begriffen war, so erlosch die letzte schaffende Kraft.“

Digitized by Google

Ebenso behauptet Deurer[6]), „daß die Zeit kurz nach Severus Alexander einen höchst wichtigen Abschnitt (in der Geschichte der Rechtswissenschaft) bildet, indem von da an ein plötzlicher und gänzlicher Verfall der Rechtswissenschaft eintrat, die noch kurz vorher ihre höchste Blüthe erreicht hatte." Aehnlich auch Bruns.[7]) Greller noch Erxleben[8]): „Unter diesen Umständen sank die Rechtswissenschaft, welche gerade unter der Regierung Alexander Sever's ihren höchsten Blüthenpunkt erreicht hatte, unmittelbar nachher plötzlich auf die niedrigste Stufe herab." Mit diesen Worten werden Papinian's Assessoren ihm vorgezogen. Ebenso von Burchardi[9]): „Jener Flor der römischen Jurisprudenz dauerte nur bis auf die Zeit von Alexander Sever, wo derselbe den höchsten Gipfel erreichte." Und dann (S. 267): „Doch dürfte es bei Papinian zum Theil auf Rechnung seines edlen Charakters kommen, wenn die Römer (?) selbst ihn als ihren ersten Juristen betrachten, während Ulpian und Paulus wirklich durch ihre Leistungen alle Anderen übertreffen."

Wir enthalten uns weiterer Citate, da kaum Jemand bestreiten wird, daß die obigen nur sagen, was seit Jahrhunderten die herrschende Ansicht ist, wenngleich sie zuweilen weniger schroff und weniger offen vorgetragen wird. Nach dem höchsten Aufschwung der tiefste Verfall — so haben wir und unsere Vorgänger es gelernt und weiter gelehrt, nicht ohne einige Gründe beizufügen, wie die wunderbare Erscheinung zu erklären sei. Nur darin unterscheiden sich die einzelnen Gelehrten, daß bei dem Einen die Verwunderung, bei dem Anderen die Erklärungsversuche überwiegen. Durch populäre Werke ist diese Vorstellung Gemeingut Aller geworden, welche sich überhaupt für die Geschichte der römischen Cultur interessiren.[10])

---

6) In seinem vergessenen, aber nicht werthlosen Grundriß für äußere Geschichte und Institutionen des röm. Rechts (Heidelberg 1849) S. 114.

7) In Holtzendorff's Encyklopädie (4. Aufl.) S. 141 f.

8) Einleitung in das röm. Privatrecht (Göttingen 1854) S. 100.

9) Lehrb. d. röm. Rechts (1841) I. S. 262.

10) So sagt C. Peter in seiner Geschichte Roms (3. Aufl. 1871), III. Bd. S. 617: „Diese rege literarische Thätigkeit gipfelt in den berühmten fünf Juristen, ... mit denen die Blüthe der Jurisprudenz völlig abstirbt, und von denen man wohl sagen kann, daß sie vorzugsweise der gesammten Rechtswissenschaft ihren Geist aufgeprägt haben."

Digitized by Google

Ist aber diese, so verbreitete, Meinung auch richtig? —

Daß eine aufsteigende Bewegung beim Zusammenwirken besonders günstiger Umstände sich wunderbar rasch vollziehen kann, dafür gibt die Geschichte des Chalifats, der italienischen Malerei, der deutschen Poesie Beispiele, denen viele andere an die Seite gesetzt werden könnten. Daß aber nach dem hellsten Lichte geistige Finsterniß plötzlich hereingebrochen wäre, wie in den Tropen die Nacht, das ist unerhört, hat sich nie und nirgends zugetragen.

Und was soll uns zwingen, das Unglaubliche zu glauben?

Die Meisten bestimmt der Umstand, daß in den Justinianischen Pandekten einige Juristen aus dem Zeitalter der Severe in der ausgiebigsten Weise benutzt, während aus der späteren Zeit nahezu keine genannt sind. Diese, allerdings sehr wichtige Erscheinung wird unten zum Theil anders erklärt werden, als bisher geschah. Ueberdies beruft man sich auf das Zeugniß der Zeitgenossen, freilich nur nebenbei, da eine so offenkundige Thatsache einer äußerlichen Beglaubigung gar nicht bedürfe. Jene Aeußerungen nun, deren Werth gar nicht geleugnet werden soll[11]), gehen theils auf eine spätere, als die angegebene Zeit, theils sprechen sie von der Unwissenheit und Gewissenlosigkeit der Richter und Anwälte, womit ja die Existenz einzelner bedeutender Rechtsgelehrter sehr wohl verträglich wäre. Die Zahl der productiven Köpfe war immer und überall eine relativ geringe, zumal gegenüber der ungeheuren Anzahl der im römischen Weltreiche thätigen Praktiker.

Die Erklärung aber dafür, daß jenes Unglaubliche so allgemein geglaubt wird, liegt eben in der Macht der Schultradition und in der psychologischen Thatsache, daß Gewohnheit die Verwunderung ebenso, als die Bewunderung abschwächt. Werden wir doch an jene Lehre gleich beim Eintritte in das Rechtsstudium gewöhnt, in jenem glücklichen Alter, dem das iurare in verba magistri natürlich, ja bis zu einem gewissen Grade nothwendig ist. In der Zeit reifer wissenschaftlicher Urtheilsfähigkeit ist uns der Glaube an den jähen Sturz römischer Rechtswissenschaft so altgewohnt, daß er unser Er-

11) Man findet sie abgedruckt in Rivier's verdienstvoller Introduction historique au droit romain (1881) p. 518—520, manche auch bei Deurer, der dabei Zimmern's Allegate benutzte.

Digitized by Google

staunen und unseren Zweifel nicht mehr so leicht herausfordert. Nur, sobald es sich um eine schriftstellerische Darstellung der Geschichte handelt, empfindet wohl der Eine oder Andere hier ein Unbehagen, weil schon der Sinn für äußerliche Symmetrie sich verletzt fühlt: erst soll die Linie stetig aufwärts führen, dann mit einem Male abfallen! — Da ist es denn nicht ohne Interesse zu sehen, wie man sich zu helfen sucht.

Eine wahre Panacee gegen alle ähnlichen Verlegenheiten bietet die synchronistische Methode; erleichtert sie es doch so sehr, unvermittelte Sprünge, Lücken in der Erkenntniß einer Entwickelung der Aufmerksamkeit des Lesers zu entziehen![12]) Auf diese Weise haben sich auch hier die meisten Darsteller römischer Rechtsgeschichte geholfen. Sie schließen die classische Periode mit Modestin ab, den nahen Verfall kurz andeutend; an weit späterer Stelle, nachdem von so viel anderen Dingen inzwischen die Rede war, folgt dann die Schilderung des traurigen Zustandes der Rechtswissenschaft in der vierten Periode. So thut es, um statt Vieler Einen (der freilich Viele aufwiegt) zu nennen: Puchta.[13]) Rudorff dagegen, dem die Anlage seines Werkes diese Auskunft unmöglich machte, vermeidet die Verletzung der Symmetrie in anderer Weise. Er bespricht die einzelnen Juristen in den §§. 65 bis 77 und überschreibt den §. 73 „Die Spitzen. Papinian", den §. 74 „Fortsetzung. Ulpian", den §. 75 „Fortsetzung. Paulus", den §. 76 „Schluß. Modestin", den §. 77 „Die übrigen".[14]) Dieser §. wird nun mit den Worten eingeleitet: „Eine so außerordentliche geistige Kraft und umfassende Thätigkeit, wie sie uns in den Geisteswerken dieser großen Juristen entgegentritt, ließ den Zeitgenossen kaum mehr als eine ergänzende, den Späteren fast nur eine compilatorische Wirksamkeit. In beiden Beziehungen nennen wir folgende. . . . ." Diese Bemerkung, sachlich nicht zu billigen (siehe bei Note 4), ist

---

12) Das ist selbstverständlich kein Tadel der synchronistischen Methode überhaupt.

13) Institutionen. I. §. 100 a. E. und dann §. 129 (S. 356): „Es gab keine Wissenschaft mehr" u. s. w.

14) Offenbar ist nicht zu ergänzen, wie die unvorsichtige Redaction der Ueberschriften ergeben möchte, „Spitzen", sondern „Juristen".

Digitized by Google

redactionell sehr geschickt; durch die Hereinziehung der Zeitgenossen ist es Rudorff ermöglicht, eine stattliche Reihe von Juristen aufzuzählen, und das Befremdende der herrschenden Lehre tritt wenigstens nicht sinnenfällig, nicht als störende Unsymmetrie hervor.[15])

Die oben angedeutete Verlegenheit ist auch für die Beurtheilung Modestin's maßgebend geworden. Die Schultradition besagt: Papinian überragt seine Schüler Paulus und Ulpian[16]); hinter diesen bleibt wieder des Letzteren Schüler Modestin weit zurück, so sehr er auch die Späteren übertrifft. Auch dafür mag statt aller Anderen wieder Puchta citirt werden. „Die Reihe der classischen Juristen schließt sich mit Herennius Modestinus, welcher... hoch über allen folgenden Bekennern der Jurisprudenz steht, obgleich die Überbleibsel seiner Schriften den geistigen Gehalt der Vorgänger nicht mehr erreichen" (S. 269). Andere Schriftsteller, für welche jene Rücksicht nicht maßgebend war, urtheilen anders. Bruns[17]) nennt Modestin einen „unbedeutenden Schüler Ulpian's", dem die Ehre, im Citirgesetz genannt zu werden, zu Theil geworden „offenbar nur (darum), weil er zu den Letzten der großen Zeit gehörte". Dagegen spricht Esmarch (S. 377) von der „eminenten Wirksamkeit eines aus Ulpian's Schule hervorgegangenen und dem Lehrer nahezu ebenbürtigen Juristen, des letzten Classikers: Her. Modestinus"... Und Erxleben (S. 213): „Der letzte wirklich bedeutende Jurist war aber Her. Modestinus ....., dessen Schriften noch den alten Geist athmen .... Unmittelbar nach ihm tritt der .... Verfall der Rechtswissenschaft ein."

Manchmal aber scheint doch ein Zweifel das Gefühl der Sicherheit beim Vortrag dieser Behauptungen gestört zu haben. Nachdem

---

15) Nur äußerlich ähnlich verfahren Diejenigen, welche in die Zeit nach Modestin mehr Juristen als die zwei stets genannten (Hermogenian und Arcadius Charisius) stellen wollen, z. B. den Julius Aquila oder den Furius Anthianus; denn in diesem Streben birgt sich schon eine gelinde Opposition gegen die herrschende schroffe Lehre.

16) Indessen fehlt es nicht an abweichenden Urtheilen; s. die obigen Citate aus Erxleben und Burchardi.

17) Geschichte und Quellen des röm. Rechts. In Holtzendorff's Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 4. Aufl. (Leipzig 1882.) S. 146.

Digitized by Google

z. B. Puchta die Zeit nach Modestin als gänzlich unwissenschaftlich, als jeder „productiven Kraft“ entbehrend geschildert hat, fährt er so fort: „Daß es keine Uebertreibung ist, wenn der damaligen Zeit alle eigentliche Rechtswissenschaft geradezu abgesprochen wird, geht nicht bloß aus den allgemeinen Zuständen derselben ... und aus den juristischen Erzeugnissen selbst hervor; wir haben darüber auch das Zeugniß eines Kaisers ....“, womit das Kundmachungspatent von Theodosius II. gemeint ist.

Diese ausdrückliche Verwahrung verräth, daß Puchta gegen die in jener Lehre enthaltene Uebertreibung nicht ganz unempfindlich war. Jene Behauptungen auf das richtige Maß zurückzuführen, soll in diesen Blättern versucht werden.

II.

Wenn Puchta „die productive Kraft das Kennzeichen der wahren Wissenschaft“ nennt, so meint er damit selbstverständlich nicht literarische Massenproduction, welche vielmehr dem Epigonenthum eigenthümlich ist, noch andererseits die rechtschaffende Kraft eines Volkes überhaupt, welche am stärksten in einem naiven Zeitalter sich bethätigt; sondern er meint einen Zustand, wo die Wissenschaft an der Fortbildung des Rechtes kräftig mitwirkt. Aber gerade diese Einsicht hätte ihn abhalten sollen, die Jurisprudenz unter den Severen so hoch, und die in der zweiten Hälfte des dritten Jahrhunderts so niedrig zu schätzen, als von ihm und den Meisten geschieht.

Um von einer „classischen Zeit“ der Rechtswissenschaft sprechen zu können, wird außer der productiven Kraft noch eine gewisse Verfeinerung der Analyse und Reflexion und der sprachlichen Darstellung gefordert werden müssen. An jener Kraft fehlte es dem letzten Jahrhundert der Republik gewiß nicht, wohl aber an dieser, nur durch lange Uebung zu gewinnenden Verfeinerung. Diese hinwieder erhält sich noch geraume Zeit, nachdem jene Kraft abzunehmen begonnen hat. In dem Sinne möchte ich Labeo als den ältesten, Salvius Julianus als den jüngsten Classiker, die ersten anderthalb Jahrhunderte unserer Zeitrechnung als die Blüthezeit der

Digitized by Google

römischen Rechtswissenschaft bezeichnen[18]); wobei jedoch ein Vorbehalt hinsichtlich Papinian's gemacht werden muß.[18a])

Um nicht von dem eigentlichen Gegenstande abzukommen, lasse ich hier den alten Streit über den Einfluß griechischer Bildung überhaupt und der Philosophie insbesondere auf sich beruhen, und beschränke mich auf die Bemerkung, daß der Uebergang der Rechtskunde aus dem Stadium der Urwüchsigkeit in das der Reflexion durch nichts mehr befördert werden konnte, als durch jenen Einfluß, der für die ganze sonstige Gestaltung des geistigen Lebens in Rom eine notorische Thatsache, speciell aber für Labeo's Bildungsgang ausdrücklich bezeugt ist. Nur darf man diesen Einfluß nicht in den einzelnen Rechts- oder Lehrsätzen, sondern in der ganzen Art der den Stoff überwindenden freieren wissenschaftlichen Behandlung suchen. Es zeugt von der Macht des Vorurtheils, daß dieses noch heute, wenn auch nicht offen geleugnet, so doch in's Nichtssagende abgeschwächt wird.[19]) — Wie dem aber auch immer sein mag, das wird kaum von irgend Jemanden bestritten, daß Labeo's gewaltige Erscheinung eine Epoche in der Geschichte der Rechtswissenschaft bezeichnet. Daß hier eine tiefe Cäsur liegt, bezeugen alle späteren römischen Juristen schon dadurch, daß sie so viel öfter auf Labeo, als auf seine Vorgänger sich berufen.[20]) Hierüber sind nicht viel Worte zu verlieren; ebensowenig über die Bedeutung Julian's[21]), von dem die Späteren mit ähnlichen Ausdrücken der Bewunderung sprechen, wie von Papinian. Aber auch das ist leicht einzusehen, daß Julian an der Grenze zweier Perioden steht. Durch seinen

---

18) Selbstverständlich kann es sich bei solchen Periodisirungen nicht um eine genaue Fixirung von Jahren handeln. So liegt auch in obigen Worten eine bewußte Ungenauigkeit, da Labeo's Wirksamkeit etwas früher beginnt, als unsere Zeitrechnung.

18a) S. unten Abs. III.

19) Puchta, dessen zähes Festhalten an Vorurtheilen so groß war, als seine (in den meisten Beziehungen so wohl verdiente) Autorität, hat hier das Durchdringen richtigerer Einsicht erschwert.

20) Der Abstand zwischen ihm und den Aelteren erscheint in dem mit Labeo's Namen geschmückten Werke A. Pernice's nicht etwa (wie man erwarten könnte) über-, sondern eher unterschätzt.

21) Vgl. was Bruns in Holtzendorff's Encyklopädie (4. Auflage) S. 141 sagt.

Digitized by Google

Antheil an der Fixirung des Edictes erinnert er an die spätere Zeit, die alles Heil von der Gesetzgebung erwartete und immer mehr zur Codification oder doch Incorporation drängte. Durch sein umfangreiches Digestenwerk erinnert er an die zusammenfassenden Arbeiten des Paulus und Ulpian; und noch manches andere zeigt, daß wir hier an einem Wendepunkte der römischen Rechtswissenschaft stehen.[22]) „Nach Julian — mit Mäcianus und Gajus — beginnt die gräcisirende Periode der Jurisprudenz“ [23]) — und nicht bloß der Jurisprudenz, denn keine geschichtliche Erscheinung steht isolirt da. Seit Hadrian erhält das ganze geistige Leben in dem gewaltigen Mittelmeerreiche immer mehr einen halbgriechischen Charakter. Nicht mit einem Schlage hat das Morgenland über das Abendland gesiegt; die Ereignisse unter Constantin waren nur der Abschluß einer langen Entwickelung, und was dem oberflächlichen Blicke lediglich als Plan oder gar Laune, kurz: individuelle That eines Autokraten erscheint, war das Product allmäliger Massenwirkungen, also eine geschichtliche Nothwendigkeit. Selbstverständlich aber waren damit Staat und Recht nicht sofort unrömisch geworden. Gerade auf diesen Gebieten hat — aus leicht begreiflichen Gründen — römisches Wesen die Zersetzung der Nationalität sehr lange überdauert; diese war schon unter Hadrian eingetreten [24]); das römische Recht — oder deutlicher gesagt: das Römische in diesem Rechte — seine bildende und assimilirende Kraft [25]), hat nicht nur das Römervolk, sondern auch das von ihm gegründete Weltreich überdauert, und ist in gewissem Sinne unsterblich, wie die lateinische Sprache.[26]) — Was aber die

---

22) Vgl. Kuntze, Excurse (2. Aufl.) S. 333. Er bezeichnet jenes Digestenwerk „als eine Art Abschluß der bisherigen Doctrin und mithin auch des Schulendualismus“. Vgl. auch Dirksen hinterl. Schftn. II. S. 456.

23) Kuntze a. a. O.

24) Vgl. die gediegene Vorrede zum III. Bande von C. Peter's Geschichte Roms. Er schließt diese mit Marc Aurel. Vgl. N. 18.

25) Vgl. die geistvolle Rectoratsrede Degenkolb's: Rechtseinheit und Rechtsnationalität im altrömischen Reich (1884).

26) — — — — noch schwebt ihr (der Vorzeit) Geist
Im stolzen Laut der alten Sprache
Ueber den einst unterjochten Erdkreis.
Lingg, Campagna Roms.

Digitized by Google

Kehrseite betrifft, den gräcisirenden Charakter der Zeit, von der wir sprechen, so sind die Zustände unter Hadrian und Marcus Aurelius ohnehin jedem unserer Leser bekannt. Jeder weiß, daß Beide halbe Griechen waren, der entsagende Verfasser der stoischen Selbstbetrachtungen, wie der ruhelose Wanderer mit seiner Vorliebe für Athen und Alexandria, wo er die Sophisten bald bewunderte, bald bespöttelte. Bekannt ist auch, daß M. Aurelius seine Betrachtungen, sowie S. Severus seine Selbstbiographie, griechisch geschrieben haben. Es mag nur noch daran erinnert werden, daß der berühmte Aristoteliker Alexander von Aphrodisias ein persönlicher Liebling des eben genannten Kaisers war, dessen Gemahlin (Julia Domna) den Sophisten Flavius Philostratus (den zweiten dieses Namens, den Biographen des Appolonius von Tyana) zu ihrem Vertrauten erwählt hatte. Seit Alexander Severus gewannen die Neuplatoniker immer größeren Einfluß auf das Geistesleben der höheren und höchsten Gesellschaftskreise.[27]) — Salvius Julianus stammte aus Adrumetum in Afrika; viele der berühmten Juristen der auf ihn folgenden Zeit waren bekanntlich Provincialen aus dem griechisch redenden Orient[28]); ebenso die Kaiser des dritten Jahrhunderts und ein einflußreicher Theil ihrer Umgebung.[29]) In dieser Zeit konnte auch die Weiterbildung des Rechtes keine rein national-römische sein.

Aber es ist überhaupt keine Zeit kräftiger Weiterbildung gewesen; die Juristen werden, ungeachtet ihrer hohen Stellungen im Staate, mehr und mehr zu Gelehrten. So wenig die Blüthezeit der hellenischen Cultur in der Epoche der Alexandriner zu suchen ist, so wenig der Höhepunkt der römischen Jurisprudenz in der Zeit der Severe. Wer in diesem Vergleiche eine Beleidigung der sogen. classischen Juristen erblicken wollte, der sei daran erinnert, daß der Beigeschmack der Geringschätzung in der Bezeichnung „alexandrinisch" nur in einer mißbräuchlichen Verwendung

27) Nicht von einem Einfluß auf die Rechtswissenschaft ist die Rede, sondern von dem allgemeinen Charakter der damaligen Cultur. Dies zur Hintanhaltung von Mißverständnissen oder Entstellungen.

28) Vgl. die verdienstliche Darstellung in Bremer's Rechtslehrer und Rechtsschulen, S. 71 ff.

29) Vgl. Bremer S. 74 und S. 88.

Digitized by Google

dieses Wortes seinen Grund hat. Wahrlich die Alexandriner haben in ihrer besten Zeit eine Fülle von Wissen und Können bekundet, die nur Bewunderung verdient. Ebenso wird mit dem Worte „Epigonen“ Mißbrauch getrieben. Es ist ja doch keine Schuld, später geboren zu sein; und es gibt ein Epigonenthum, welches eine die Vorgänger und die Epigonen ehrende Folge classischer Zeiten ist. Denn die Glücklichen, welche in einer Zeit hohen Aufschwunges leben, stellen so viele Probleme hin, daß ihre Aufarbeitung die nächsten Generationen beschäftigt; manche Wahrheiten, die von Jenen erst nur geahnt wurden, werden in diesen Zeiten zur vollen Klarheit gebracht. Ein solches Epigonenthum zeigt nur, daß die Saat der großen Männer auf empfänglichen Boden gefallen ist, und deshalb könnten diese gar nicht wünschen, daß ihrer Kunst oder Wissenschaft „das Epigonenthum erspart werden sollte“. Und in diesem Sinne darf gesagt werden: die gewöhnlich sogen. classische Zeit der römischen Jurisprudenz (etwa 150—250 n. Chr.) war, ähnlich der der Alexandriner, eine Zeit der großen Epigonen. Auch sonst haben beide historischen Erscheinungen einige Aehnlichkeit: das kritische Sichten und das fleißige Zusammenstellen des bisher Geleisteten, dazwischen historische Rückblicke, das alles war beiden Culturperioden eigenthümlich. Ist die Literatur bis Julian die productive, so ist die folgende mehr receptiv, kritisch und in's Detail eingehend; doch versteht es sich von selbst, daß solche Schlagworte (ebenso wie jener allerdings hinkende Vergleich[30]) immer nur Versuche kurz andeutender Charakteristik sein können. Die Scheidung der Perioden soll keine Gegensetzung sein; weder soll der älteren Zeit die Kritik (Celsus!), noch der neueren die Productivität abgesprochen werden. Aber die eigentliche schöpferische Epoche reicht nur ungefähr bis zur Mitte des zweiten Jahrhunderts unserer Zeitrechnung. Dann kommen die sammelnden und sichtenden Juristen, welche reiche Ernte halten, wo Andere vor ihnen gesäet. Die auch dem äußeren Umfange nach riesigen Leistungen von Paulus und Ulpian wären unmöglich gewesen, wenn sie nicht so viel von An-

30) Denn das eine Mal wird der Zustand einer Wissenschaft (der römischen Jurisprudenz), das andere Mal der Zustand der gesammten griechischen Literatur in verschiedenen Zeitaltern verglichen.

Digitized by Google

deren Erarbeitetes — und zwar oft wörtlich abschreibend — in ihre Werke aufgenommen hätten.

III.

Unter diesen Männern steht Papinian als glänzende Ausnahme da. Als Jurist erinnert er an Julian[31]), als Mensch an Labeo und die Männer der Republik. Er war ein Römer im besten Sinne des Wortes, mitten in einer halbbarbarischen Zeit.[32]) Sein stärkstes Interesse gilt dem Staatswesen; und in der Rechtswissenschaft widmete er sich mehr der bündigen Entscheidung praktischer Fragen, als systematischen Zusammenfassungen oder breiten exegetischen Ausführungen.

Seitdem man aufgehört hat, die überkommenen Urtheile über die römischen Juristen kritiklos zu wiederholen (ganz überwunden ist dieses Stadium noch nicht), macht sich der andere Uebelstand fühlbar, daß die Urtheile nur zu oft den Eindruck subjectiver Willkür machen. Wie weit gehen die über Modestin und vollends die über Gajus auseinander! Aber auch Papinian wird verschieden beurtheilt.[33]) Während seit jeher die Meisten ihn als den größten römischen Juristen ansehen, fehlt es doch nicht an Dissentienten; manche ziehen ihm sogar seine beiden berühmten Assessoren vor. So unrichtig nun meines Erachtens dieses Urtheil im Ganzen ist, an theoretischer Klarheit, an logischer Folgerichtigkeit mag wohl der Meister zuweilen von seinen Jüngern übertroffen worden sein, und ihre vielbesprochenen „notae“ brauchen keineswegs aus einer pietätlosen Verkleinerungssucht erklärt zu werden.[34]) Als unfehlbar darf auch uns Papinian nicht gelten, wie er sich denn dafür auch selbst nicht gehalten hat (L. 6 i. f. D. de serv. export. 18. 7). Wenn wir zu dem relativ Wenigen, was aus seinen Schriften auf uns gekommen ist, zuweilen polemische, zuweilen anzweifelnde

---

31) Vgl. auch Dirksen (s. N. 37) S. 470.

32) Auch Sprache und Styl zeigen dies. Vgl. Esmarch S. 372.

33) Man vergleiche nur die oben mitgetheilte kühle Aeußerung Burchardi's mit dem enthusiastischen Lobe Esmarch's (§. 134).

34) Vgl. noch Dirksen S. 476 f.

Digitized by Google

Noten machen[35]), so liegt darin keine Ueberhebung, am wenigsten aber ein Versuch, die wissenschaftliche Größe des Mannes anzuzweifeln, mit der seine sittliche in so schöner Harmonie gestanden hat.

Auch darüber, worin Papinian's Eigenart bestehe, herrscht nicht volle Uebereinstimmung. In einem eigenen Aufsatze hat sich darüber ausgesprochen Dirksen: „Ueber die schriftstellerische Bedeutsamkeit des röm. Rechtsgelehrten Aemil. Papinianus", welche Arbeit erst nach des Verf. Tode veröffentlicht worden ist.[37]) Während die herrschende Ansicht seit Cujacius dahin ging, daß die „quaestiones" ausgewählte Rechtsfragen behandeln unter Anführung der verschiedenen Meinungen und des pro und contra, behauptet Dirksen (S. 462) mit Recht, daß auch in den quaestiones (wie in Responsen-Sammlungen, nur in anderer Art) „factisch verhandelte Rechtsfragen" erörtert werden. Bald werde eine Ansicht der veteres oder der Zeitgenossen als Quelle der aufgeworfenen Frage

---

35) Zweifelnde z. B. zu den vielbesprochenen dunkeln Entscheidungen in l. 64 D. de evict. 21. 2 und in l. 7 §. 1 D. solut. matrim. 24. 3; — polemische zu l. 3 §. 2 D. de separat. 42. 6 (s. Grünhut's Ztschr. VIII. S. 574 ff.), zu fragm. Vatic. 294 (s. ebd. S. 291 ff.), in welchen beiden Fällen wir uns in Uebereinstimmung befinden mit Papinian's berühmten Nachfolgern. — Bedenken können auch die Worte erwecken: „nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum", da es in dem dort (l. 11 §. 2 D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11) vorausgesetzten Falle doch darauf hinauskomme. Vom Standpunkt des modernen Rechts (s. §. 723 a. b. Gb.) muß man dieses auch zugeben; da handelt es sich um eine singuläre Erleichterung des Testirens, die aber nur gewährt wird, wenn und weil die Form schon einmal beobachtet wurde (Pfaff und Hofmann, Commentar II. S. 111 N. 40); im römischen Rechte dagegen konnte man sich die gleiche Entscheidung auf andere Art zurechtlegen (vgl. Bangerow II. S. 197). Wichtiger ist, daß auch Papinian betont: „voluntas iudicio recenti redisse intelligetur", was eine Bekräftigung unserer Entscheidung (vor und in der cit. Note 40) ist.

36) Der mächtige Eindruck, den eine Persönlichkeit auf die Mitlebenden macht, wirkt mitbestimmend auf das Urtheil auch der Nachwelt. Je größer ein Mann, desto weniger geht seine Bedeutung in dem auf, was er geschrieben, und wäre es noch so meisterhaft. Das sehen wir am deutlichsten bei Goethe.

37) Im II. Bde. (1871) der „Hinterlassenen Schriften zur Kritik und Auslegung der Quellen" herausggb. von Frdch. D. Sanio (S. 449—481). Der posthumen Veröffentlichung ist es zuzuschreiben, daß der Aufsatz nicht ausgefeilt, namentlich durch Wiederholungen entstellt ist (vgl. z. B. S. 452 mit 468 f.; 454 mit 463; 455 mit 466; 456 mit 474).

Digitized by Google

angeführt, bald gebe ein concreter Rechtsfall nebst responsum, bald eine constitutio den Ausgangspunkt der ganzen Erörterung ab. Weniger überzeugend ist die spätere Bemerkung (S. 474): Die Quästionen seien dazu bestimmt gewesen, „die Erkenntniß des historischen (?) und dogmatischen Zusammenhanges (?) der positiven Rechtsregeln, sowie die Anwendung und Fortbildung des geltenden Rechtes zu vermitteln.“ [38])

Dirksen meint zwar (s. z. B. S. 473 f.), daß die herrschende Ansicht zu einseitig die praktische Richtung Papinian's betone (da doch die Quästionen eine wissenschaftliche Arbeit im strengsten Sinne des Wortes gewesen seien) und ebenso einseitig die Richtung auf Billigkeit und praktische Zweckmäßigkeit der Entscheidungen (S. 467). [39])

---

38) Uebereinstimmend mit der herrschenden Ansicht ist die Bemerkung auf S. 472: „Eine umständliche Entwickelung und Begründung der Entscheidungsregeln, wie sie dem Werke über die Quästionen angemessen war, darf in den Responsen nicht gesucht werden.“ Puchta I. §. 100, äußert sich so: „In der Sammlung der responsa werden die facta mit der nöthigen Ausführlichkeit festgestellt, die Entscheidung selbst aber gewöhnlich nur mit wenigen Worten, ohne Auseinandersetzung der Gründe, gegeben; die Quästionen waren der ausführlicheren Prüfung und Rechtfertigung der Entscheidung gewidmet.“ Aehnlich Rudorff I. §. 72, S. 187. Beide sprechen zwar von Cervidius Scävola, wollen aber damit das Verhältniß der responsa und quaestiones generisch bezeichnet haben. Zum Theile gegen diese Generalisirung Dirksen S. 461 f. — Beiläufig sei auch dessen gedacht, daß Dirksen, entgegen dem Zeugnisse des Spartianus (Carac. 8) und der herrschenden Meinung (Fitting, über das Alter der Schriften röm. Juristen, S. 25), den Papinian nicht als Schüler des C. Scävola gelten lassen will. Weder Papinian, noch andere Juristen gedächten eines solchen Verhältnisses zwischen den beiden Schriftstellern, deren Methode keinerlei Verwandtschaft zeige (S. 451 f., 462, 468 f., 472 f.). Papinian habe zum Theil nach älteren Mustern gearbeitet. — Ebenso leugnet D., daß Ulpian und Paulus Schüler Papinian's gewesen wären. Für eine Lehrthätigkeit desselben fehle es durchaus an genügenden Zeugnissen (S. 475 f.). Ulpian und Paulus erwähnen nirgends ein Schülerverhältniß. Aber L. 40 D. de reb. cred. 12. 1? Vgl. über diese allerdings zweifelhafte Stelle Bremer S. 62, N. 269. Bremer S. 61 f. und Esmarch S. 371 nehmen Beide eine Lehrthätigkeit P.'s an.

39) Allerdings mag dieses manchmal geschehen. Aber jene Richtung selbst ist nicht zu bestreiten (s. jetzt auch Esmarch S. 372), und es gibt dafür bessere Belege, als die von Dirksen in Note 48 gesammelten, zum Theile nach äußerlichen Merkmalen (den gebrauchten Ausdrücken) gewählten Stellen. Mehr als

Digitized by Google

Er widerlegt die Ansicht des Cujacius, daß sich Papinian auf gelehrte Autoritäten so gut wie nie berufen habe (S. 454, 463) — aber Dirksen selbst gesteht doch, daß es bei Papinian viel seltener als bei seinen Zeitgenossen der Fall sei; er lobt ihn, weil sein Bestreben nicht nur auf Präcisirung von Thatbestand und Rechtsregel (S. 455, 466), sondern auch stets auf den lebendigen Zusammenhang von Theorie und Praxis gerichtet gewesen sei, und findet darin die Aehnlichkeit zwischen ihm und den Aelteren, und den Unterschied zwischen Papinian und dessen Zeitgenossen. Diese hätten den raschen Verfall der Jurisprudenz durch einige Vernachlässigung jenes Zusammenhanges mitverschuldet (S. 456, 474). Papinian's schlichte Art habe dem Geschmack seines Zeitalters nicht genügt. Dieser gab „einer andern Methode der Besprechung juristischer Gegenstände den Vorzug, wir meinen die mit gelehrten Citaten wohl versehene Erörterung vereinzelter, durch literarische Notabilitäten vertretener Theorien". Daneben stellte man andere Werke, die, von allem gelehrten Apparat absehend, lediglich für den nächsten praktischen Bedarf eingerichtet waren. Hierdurch sei die nachtheilige Spaltung von Theorie und Praxis vorbereitet worden (S. 474). — So vermag denn auch Dirksen's Darstellung nur zu bestätigen, daß Papinian zwar der Zeit, nicht aber seiner Eigenart nach dieser gelehrten („alexandrinischen") Periode angehört. Man muß darüber staunen, wie in einer solchen Zeit ein solcher Mann möglich war; aber hüten muß man sich, von seiner herrlichen Erscheinung einen Rückschluß auf das Zeitalter zu thun. Ein verklärender Abglanz fällt von ihm auf seinen kaiserlichen Gönner, und gerne vergessen wir, daß Septimius Severus ein nichts weniger als herzgewinnender Herrscher gewesen ist. Das Verdienst dieses Soldatenkaisers liegt in der Kraft und dem Willen, Ordnung zu schaffen; im übrigen war es ein finsterer, abergläubischer, nicht selten bis zur Grausamkeit harter Mann. Und vollends das Zeitalter! Schon die letzten unheilvollen Jahre unter Marcus Aurelius, die tolle Wirthschaft unter Commodus und — nach 18jähriger Pause — unter dem Scheusal Caracalla und dem wahnwitzigen

---

sie alle beweist z. B. der Schlußsatz von fragm. Vat. 294 die Richtung auf die praktische Nützlichkeit eines Rechtssatzes; s. Grünhut's Ztschft. VIII, S. 291.

Digitized by Google

Elagabal, dann, nach 13jähriger Unterbrechung durch die Herrschaft des edlen Alexander Severus, der dem Senat wieder zu Ansehen und Bedeutung verhelfen wollte, die gänzliche Zerrüttung des Reiches, der erst Aurelianus ein Ziel setzte. Und in dieser barbarischen und verwilderten Welt, in der bald ein alle Bildung hassender „thrakischer" Hirt, bald irgend ein „arabischer" oder anderer Abenteurer die verderbenbringende[39a]) Herrschaft für kurze Zeit an sich riß, soll die Jurisprudenz der Römer, die in Wahrheit nicht mehr als Nation existirten, den höchsten Aufschwung erlebt haben!

IV.

Durch Jahrhunderte war man gewöhnt, die Schriften des Gajus, Papinianus, Paulus, Ulpianus, Modestinus für die höchsten Leistungen der römischen Rechtswissenschaft anzusehen[40]); einfach darum, weil die Werke dieser Fünf im sogen. Citirgesetz ausgezeichnet sind, ohne daß man auch nur sicher zu sagen wüßte, ob und worin (von Papinian abgesehen) sie vor denen der anderen dort Genannten („quos illi celebrarunt") bevorzugt seien. Aber auch einen Vorzug angenommen — müßten wir denn ein im Jahre 426 n. Chr. ausgesprochenes Urtheil blindlings nachsprechen? Ist es nicht ein Widerspruch, dies zu thun, und zugleich jener Zeit (der Zeit Theodosius II) alle wissenschaftliche Befähigung abzusprechen? Und weiter: selbst dieses bevorzugende Urtheil als unanfechtbar angenommen, ist es denn nicht selbstverständlich, daß für die Praxis die Werke der Neueren wichtiger waren, als die, vieles Veraltete enthaltenden, Schriften früherer Juristen? Wenn also die Kaiser die Praxis zunächst an die Fünf wiesen, so war damit keineswegs gesagt, daß ihre Leistungen die der Aelteren über-

---

39a) Maximinus „Thrax" war der Sohn eines Gothen und einer Alanin, Philippus „Arabs" war (wie Burckhardt sagt) „aus dem verrufenen Stamme der südlichen Syrer, östlich vom Jordan" (also kein wahrer Araber). Die Herrschaft Beider fällt noch in die erste Hälfte des 3. Jahrh., also in die Lebenszeit des Modestinus.

40) Noch in Warnkönig's Vorschule (1839) heißt es (S. 128): „Fünf Juristen, die über alle Anderen hervorragen (!), und deren Schriften von Justinian (?) gesetzliches Ansehen erhielten."

Digitized by Google

träfen.[41]) Zudem waren ihre auf alle Gebiete des Privatrechtes sich erstreckenden Bücher gewiß in zahlreichen Abschriften vorhanden, also viel leichter zugänglich, als die der Aelteren. In neuerer Zeit ist die Bewunderung für Gajus und Modestin erheblich abgeschwächt, ja sie hat hie und da einer unverdienten Geringschätzung Platz gemacht. Aus der Pentarchie ist also jetzt ein Triumvirat geworden: Papinian und seine beiden Schüler gelten als die „höchsten Spitzen" der römischen Rechtsliteratur.[42]) Hinsichtlich der Schüler ist dies nun zu bestreiten; zu ihrem Ansehen in der byzantinischen Periode hat ihre hohe amtliche Stellung nicht wenig beigetragen; dann auch die Vollständigkeit und Ausführlichkeit ihrer Rechtsdarstellungen, und bei Ulpian auch die bequeme Verständlichkeit. Ihre sehr verdienstvollen Leistungen haben das, was ich oben „alexandrinischen" Charakter genannt habe; und was uns namentlich Ulpian so sympathisch macht, ist gerade das Unrömische seiner Eigenart; er steht, sozusagen, in der Mitte zwischen einem römischen Juristen und einem deutschen Professor.[42a]) — In der Zeit, welche man als die Blüthezeit zu bezeichnen pflegt, war die

---

41) Kuntze Excurse (2. Aufl.) S. 334 sagt: die nachclassische Zeit ließ den Labeo in Schatten sinken und erhob den Gajus auf das glänzende Piedestal der Koryphäen: wir erkennen daraus, wie diese spätere Zeit sich von dem Wesen der classischen Antike entfernte, und das Peregrinenthum die Oberhand über das Römerthum gewonnen hatte." Es bedarf, wie mir scheint, nicht erst dieser Erklärung. Daß in der vierten Periode Gajus viel mehr benutzt wurde, als Labeo, erklärt sich leicht aus dem oben Gesagten. Uebrigens stimmen wir darin überein, daß wir in der Werthschätzung der Juristen uns nicht durch Urtheile aus der vierten Periode bestimmen lassen sollen.

42) Es ist von psychologischem Interesse, wie verschieden Puchta (§. 99 und §. 100) einen und denselben Gedanken in Anwendung auf Julian und dann in Anwendung auf Papinian ausdrückt. Er spricht von dem außerordentlichen Ansehen der Beiden. Julian verdankt es „zwar auch seinen Schriften, noch mehr aber vielleicht seiner . . . politischen Stellung . . ." Papinian „nicht allein seiner . . . politischen Stellung, . . . sondern . . ."

42a) Ein richtigeres Urtheil als viele Juristen hat S. Teuffel. Er sagt in seiner römischen Literaturgeschichte §. 375: In der ersten Hälfte des 3. Jahrh. „setzt sich der allgemeine Rückgang fort, und er beginnt sich auch auf die Jurisprudenz auszudehnen. Mit Papinian verglichen ist des Ulpian und Paulus Thätigkeit überwiegend die des Sammlers und Verarbeiters."

Digitized by Google

römische Jurisprudenz schon gealtert[43]). In gewissem Sinne waren das Warmhausblüthen. Das Warmhaus war das consilium principis. Die volksthümliche Cultur aber hatte schon der Frost des Spätherbstes versengt.

Zu einer herzerfreuenden natürlichen Blüthe einer Kunst oder Wissenschaft gehört das lebendige Interesse breiter Volksclassen. Aus diesem Boden kommt die wahre Lebenskraft. Volksthümlich in diesem Sinne des Wortes waren die Schöpfungen der griechischen Dichter, Bildhauer, Baukünstler, die der großen italienischen Maler, die Dramen Shakespeare's, die Dichtungen der deutschen Classiker. Volksthümlich war die Jurisprudenz zur Zeit des Scipio Nasica, cui publice domus in sacra via data est, quo facilius consuli posset (L. 2 §. 37 D. de orig. iur. 1. 2), des Q. Mucius, als noch „domus iurisconsulti totius oraculum civitatis war (Cic. de orat. I. 45), des redegewaltigen Anklägers und Vertheidigers Cicero, des kühnen Labeo (s. pr. Inst. de codic. 2. 25) und wohl noch geraume Zeit nach diesem. Zur Zeit der Severe dagegen war die Rechtswissenschaft ein gelehrter Betrieb, für den das Publikum sich nicht mehr interessirte, als für die Arbeiten der heutigen Rechtsgelehrten. Hätte jene übermäßig gepriesene Jurisprudenz tief im Volksleben gewurzelt, sie hätte nicht so schnell verdorren können. Damit soll aber ja nicht den Juristen jener Zeit ein Vorwurf gemacht, sondern im Gegentheile gezeigt werden, unter wie ungünstigen Umständen sie gearbeitet haben. Die Jurisprudenz ist eben etwas Nationales; das römische Reich hatte aber keine Nationalität, es war nur noch das weite Gefäß für absterbende und aufstrebende Völker und Stämme. Das Christenthum konnte da sehr wohl gedeihen; ist es doch die Negation der Nationalität.

Aehnlichem Urtheil begegnen wir bei Christiansen: „Wahre Virtuosität, d. i. eine nicht schon entseelte Kunstfertigkeit, sondern

---

43) Vgl. Kuntze, Cursus (2. Aufl.) §. 314, S. 198: „Wenn wir die Zeit der Koryphäen als das Greisenalter bezeichnen, so wagen wir das, indem wir nicht an ein dem Marasmus verfallenes Alter schwächlicher Individuen, sondern an den mit Erinnerung und Meditation erfüllten Lebensabend schöpferischer Geister denken, welche hierin den ihrer würdigen Abschluß reichen Wirkens finden." Vgl. ebd. §. 277.

44) Institutionen (1843) S. 73.

Digitized by Google

die energische noch fördernde Kunsttüchtigkeit, solche wahre Virtuosität[45]) Einzelner setzt nicht bloß eine lange allgemeine Uebung voraus, sondern fordert dauernd wenigstens eine gewisse Empfänglichkeit. Wenn nun sogar schon die eigentliche Blüthezeit der Jurisprudenz im 2. und im Anfang des 3. Jahrhunderts dieser natürlichen Belebung aus ihrem Boden, der Volksthümlichkeit, beraubt, ein künstliches Dasein hatte, so war es in der Natur der Dinge begründet, daß die Rechtswissenschaft gerade von diesem Zeitpunkt ihrer höchsten Blüthe an auch wie plötzlich erstarb. — Was die Art der Literatur dieser classischen Juristen betrifft, so war dieselbe eine durchaus gelehrte . . ."[46]); und später wurde die Jurisprudenz vollends „aus einem in der allgemeinen Neigung wurzelnden lebendigen Bewußtsein ein todtes und um äußerer Gründe wegen erworbenes Wissen der Einzelnen, welche durch den Beruf zur Rechtskenntniß verpflichtet waren".[47])

V.

Die Aehnlichkeit der responsa prudentium und der rescripta principum[48]) ist so groß, daß sie keinem Sachkundigen entgehen kann. Beide sind Rechtsbelehrungen, beide wollen für den einzelnen Fall die maßgebenden Rechtssätze dem Richter an die Hand geben, beide haben aber über den einzelnen Fall hinaus auf die Feststellung, Abklärung, Weiterbildung des Rechtes eingewirkt; beide leiteten ihre Autorität (direct oder indirect) vom Kaiser ab (vgl. C. 12 i. f. Cod. de leg. I. 14). In den Rescripten „verschmolz sich der Richterberuf (der principes) und die Eigenschaft von iuris conditores, die sie annahmen, und wodurch der Princeps gleichsam als der vornehmste iuris consultus erschien; die Rescripte haben, wo sie reine Rechtsbelehrungen waren, Aehnlichkeit mit den responsa prudentium, für welche selbst nicht selten dasselbe Wort gebraucht

45) Das Wort ist kaum glücklich gewählt. Was man heute Virtuosität nennt, ist kein Symptom blühender Kunst.

46) Was Christiansen dann (S. 74, 76) über die immer mehr veraltende Sprache dieser Literatur sagt, müssen wir dahingestellt sein lassen.

47) Christiansen S. 75, 76.

48) Von constitutiones personales ist dabei abgesehen.

Digitized by Google

wird."[49]) Daß ihre rechtliche Bedeutung (ihre Kraft) eine andere war, als die der responsa, ist gewiß, ohne daß wir auf die Streitfrage nach ihrer Autorität in bloß analogen Fällen einzugehen brauchten. Die in Rescripten enthaltene Interpretation des Rechtes war schon darum wirksamer, als irgend ein responsum eines Juristen, weil „dem Rescripte kein Gutachten von gleichem Ansehen gegenüberstehen konnte".[50]) Betrachten wir aber die responsa und rescripta, ohne alle Rücksicht auf ihre verbindende Kraft, lediglich als literarische Erzeugnisse, so ist kaum noch ein Unterschied zu bemerken. Denn wenn auch manche Rescripte im consilium principis berathen werden mochten und in gewissem Sinne Product des Zusammenwirkens Mehrerer waren, so wurde doch gewiß oft, und bei der Häufung solcher Geschäfte später immer öfter die Ausarbeitung einem Einzelnen aufgetragen. Bei den hohen Stellungen, welche seit Julian so viele respondirende Juristen einnahmen, mögen sehr viele Rescripte von ihnen verfaßt worden sein. Ob ein Elaborat eines solchen Mannes als responsum oder als rescriptum in die Welt trat, war sozusagen ein Zufall, je nach dem Anlasse, der zu der Rechtsbelehrung geführt hatte. Derselbe Mann respondirte zu Hause, und rescribirte im Bureau im Namen des Kaisers.[51]) Leitete er auch in beiden Fällen seine Autorität vom Kaiser ab, so doch in ganz anderer Art dort, als hier. Dort trat seine Persönlichkeit hervor, hier trat sie ganz in's Dunkel der Anonymität zurück. Was letzteres für den Schriftsteller Unangenehmes hatte, wurde reichlich aufgewogen durch die Machtfülle, welche das Vertrauen des Herrschers gewährte. Mit der Zeit aber wurde — nicht den Juristen, sondern den Kaisern dies Verhältniß unbehaglich, bei welchem responsa und rescripta einander, sozusagen, Concurrenz machten und der princeps gleichsam als Oberster der Respondenten erschien. Despotischen Herrschern konnte dies unmöglich gefallen. Suetonius erzählt (c. 34) von Caligula: De iuris quoque consultis, quasi

49) Puchta, Institutionen I. §. 111.

50) Wlassak, Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der classischen Juristen (Graz 1884) S. 183.

51) Daher auch die hohe Autorität, welche die gesammelten responsa solcher Juristen frühzeitig genossen. Vgl. Huschke in d. Ztschft. f. geschichtl. R. W. XIII. S. 11—13.

Digitized by Google

scientiae eorum omnem usum aboliturus, saepe iactavit: se mehercle effecturum, ne qui respondere possint praeter eum.

Bekanntlich ist die älteste Constitution im Justinianischen Codex ein Rescript von Hadrian (L. 1. Cod. de testam. 6. 23), dessen Regierung wir als den Abschluß der eigentlichen classischen Zeit bezeichnet haben. Es ist aber auch das einzige uns dort erhaltene Rescript dieses Kaisers, der den Respondenten so geneigt war. In der Zeit des Gajus waren die Rescripte schon häufig, wie das Werk des Papirius Justus de constitutionibus beweist[52]), in der Zeit Papinian's und seiner Nachfolger noch viel zahlreicher. In die kurze Regierung (6 Jahre) Gordian's III. fällt eine absolut große, relativ sehr große Zahl uns erhaltener Rescripte (272); bekanntlich hat auch noch unter diesem Kaiser Modestin gewirkt[53]), der den jüngeren Maximinus in der Rechtswissenschaft unterrichtet hatte. Geradezu enorm steigt die Zahl unter Diocletian und Maximian. Unter ihren (rund 1250) Gesetzen sind 1222 Rescripte! Diese sind fast ohne Ausnahme an Privatpersonen gerichtet und betreffen privatrechtliche Fragen.[53a]) Es ist kein Zufall, daß in dieser Zeit der Mund der Respondenten verstummte. Der Regent, der die letzten Reste einer Scheinrepublik beseitigte, um den morgenländischen Despotismus in dem noch immer sog. römischen Weltreiche zu etabliren, konnte nicht dulden, daß Privatmänner ihre Autorität irgendwie neben die seine stellen. Aus dem Rathe (consilium) des Fürsten war ein kaiserliches consistorium geworden. Nur dieses konnte fortan das juristische Orakel sein; die unabhängige Wissenschaft mußte daneben verstummen. Si enim in praesenti leges

52) Es betrifft die Rescripte der „divi fratres"; s. Dirksen hinterlassene Schriften II. S. 1 f. Fitting über das Alter der Schriften röm. Juristen S. 24 f. — S. die Fragmente in Hommel's Palingenesia I. p. 617 sq.

53) L. 5 Cod. ad exhib. 3. 42 (v. J. 239): merito tibi a non contemnendae auctoritatis iurisconsulto Modestino responsum est. Im J. 244 war M. praefectus vigilum. Auch die Thätigkeit von Aemilius Macer und Florentinus dürfte sich noch in diese Zeit hineinerstrecken. Vielleicht wirkte gleichzeitig auch Julius Aquila.

53a) Mommsen in d. Abhdlgn. d. Berliner Akademie der Wiss. aus d. J. 1860, S. 418. — Die meisten sind in der orientalischen Hälfte des Reiches ausgefertigt und von Diocletian unterzeichnet (ebd. S. 419). D. liebte es nicht, in Rom zu residiren.

Digitized by Google

condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet..... Tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur. Dieſes galt ſchon damals ebenſo, wie i. J. 529, dem die l. 12 Cod. de leg. I. 14 angehört.[54]) — Tüchtige Männer wußte Diocletian gar wohl zu ſchätzen; aber von einer freien Bethätigung einer Individualität konnte keine Rede mehr ſein; ſie waren Werkzeuge ihres Gebieters. Fleißige Arbeiter in den Bureaus, tüchtige Mitglieder des Staatsrathes fanden ſchon ihre Anerkennung, — nur durften ſie dieſe nicht mehr von der Oeffentlichkeit erwarten, ſondern von der kaiſerlichen Gnade. Die eigene Perſönlichkeit verleugnen, auf eigenen Ruhm verzichten, um den des Herrn zu mehren, war fortan Pflicht im orientaliſch gewordenen Reiche.[55]) —

Kein Sachverſtändiger kann den gewaltigen Unterſchied verkennen, der zwiſchen den weitſchweifig, bombaſtiſch und in ſchlechtem Latein oder Griechiſch geſchriebenen, gewaltſam ändernden, oft in's Blaue hinein experimentirenden Geſetzen der chriſtlich-byzantiniſchen Zeit und den kurzgefaßten, römiſch geſchriebenen Reſcripten der zweiten Hälfte des dritten Jahrhunderts beſteht, die das geltende Recht bezeugen, anwenden, feſtſtellen, oder auch maßvoll weiterbilden[56]). Es fällt Niemandem ein, dieſe Reſcripte den Werken des „splendidissimus Papinianus“, des „homo excelsi ingenii“ gleichzuſtellen; aber vergleichen darf man ſie in gewiſſem Sinne immerhin. Papinian war vor allem praktiſcher Juriſt, trotz

---

54) Ueber die l. 12 cit. vgl. jetzt Wlaſſak a. a. O., S. 156 ff. (Die Bemerkung auf S. 158 mag richtig ſein, zwingend iſt ſie nicht; in dem Autoriſiren mußte nicht nothwendig das „Uebertragen“ eines eigenen Rechtes liegen, ſo wenig als heutzutage in der Ernennung eines Miniſters, deſſen Befugniſſe dem conſtitutionellen Regenten nicht zuſtehen.)

55) Wohl mag noch einige Zeit reſpondirt worden ſein, wie denn noch unter Conſtantin ein gewiſſer Innocentius das ius respondendi gehabt haben ſoll; doch hatte dieſes Reſpondiren ſicherlich wenig zu bedeuten, wie am beſten der Umſtand zeigt, daß von Reſponſen aus dieſer Zeit nichts auf uns gekommen iſt. An ein Verbot des Reſpondirens haben wir nicht zu denken. Die Autoriſation von Juriſten wird immer ſeltener gewährt, wohl auch immer ſeltener erbeten worden ſein, da ſich das Publikum aus den angedeuteten Gründen immer häufiger an den princeps wandte.

56) Zu dieſem letzten Satze vgl. jetzt auch Wlaſſak §. 10, beſ. S. 161.

Digitized by Google

Dirksen's Widerrede dürfen wir dies behaupten. Gattungsmäßig nun und bloß literarisch betrachtet, gehören seine responsa und jene rescripta zusammen. Aber auch was Inhalt und Form betrifft, gereichen die Rescripte Gordian's III. und Diocletian's der Rechtsliteratur nicht zur Unehre.

Esmarch (S. 101) meint: „Der Verfall der Rechtswissenschaft äußert sich ... zunächst ... in der außerordentlichen Vermehrung wirksam, welche die Zahl der Rescripte unter der Regierung Diocletian's und Maximian's erfährt." Diese Erscheinung kann aber doch höchstens beweisen, daß die Praxis immer häufiger einer Nachhülfe bedurfte; daß aber der Verfall der Wissenschaft an der Vermehrung der Rescripte Schuld gewesen sei, ist nicht einzusehen; eher hätte die umgekehrte, früher oft vorgetragene Behauptung einigen Schein für sich, da die vielen Rescripte der freien Wissenschaft nur nachtheilig werden konnten. Unserer Ansicht nach ist aber der Zusammenhang richtiger so zu bezeichnen: der Absolutismus, der die Ursache jener Häufung der Rescripte war, führte (zusammen mit anderen Factoren) den Verfall der Rechtswissenschaft herbei. Wahres und Falsches verbindet nachstehende Aeußerung Hugo's[57]: „Es ist ein sehr sonderbarer Gedanke, diesen Verfall bloß durch die Menge der kaiserlichen Rescripte, welche während dieses Zeitraumes in Privatsachen erlassen worden seien, erklären zu wollen, da es gar nicht bewiesen und nicht wahrscheinlich ist (!), daß nach Alexander die Rescripte häufiger wurden. Die große Menge der als unter Diocletian und Maximian erlassen gesammelten geht wohl nur darauf, daß die Sammlung etwa bald nachher gemacht oder vermehrt worden ist. Auf keinen Fall könnte die Menge der Rescripte die Erscheinung erklären; denn die Kaiser zogen bei ihren Rescripten doch gewiß Rechtsgelehrte zu."

Bruns (S. 145) bemerkt: „Die erstorbene productive Wissenschaft ... wieder in's Leben zu rufen, war natürlich kein Kaiser im Stande." Freilich konnte das Niemand; aber die Kaiser dieser Zeit haben den Verfall nicht nur nicht aufgehalten, sondern beschleunigt. Daß übrigens die Rescripte bis zum Ausgange der dritten Periode im Durchschnitte so gediegen sind, beweist unwidersprechlich,

57) Geschichte des röm. Rechtes, 10. Aufl. (1826), S. 934 ff.

Digitized by Google

daß der Verfall nicht so plötzlich eintrat und in der zweiten Hälfte des dritten Jahrhunderts noch nicht so schlimm war, als gewöhnlich geglaubt wird. Denn die Männer, welche diese Rechtsbelehrungen im Namen der Kaiser ertheilten, müssen wohlunterrichtete und wissenschaftlich denkende Männer gewesen sein. Viel richtiger, als die oben citirten Aeußerungen ist diese von Padelletti[58]: „Mit Modestinus schloß die Reihe der großen Juristen; als Rechtsquelle blieb nur die Kaisergesetzgebung in Thätigkeit. . . . Es erscheint natürlich, daß trotz des Erlöschens der gewaltigen Jurisprudenz einige Zeit hindurch die guten Ueberlieferungen in der kaiserlichen Kanzlei dennoch fortdauerten. Diese Thatsache wird durch zahlreiche, von Diocletian verbliebene Rescripte erwiesen."

Unter Constantin trat, wie in so vielem Anderen, so auch in der Form der Gesetzgebung eine Aenderung ein: statt der Rescripte bedienten sich die Kaiser immer häufiger „jener neuen Form der Edicte, die für die eingreifenderen, zum Theil gewaltsamen Veränderungen des Rechts in der That die allein passende war".[59] Von da an wird die Gesetzgebung immer unrömischer.[60]

Wie der Höhepunkt der römischen Jurisprudenz etwa ein Jahrhundert vor Ulpian erreicht war, so trat ihr Verfall um zwei Menschenalter später ein, als man gewöhnlich annimmt; und er vollzog sich nicht plötzlich, sondern allmälig.[61] Fragt man

---

58) Lehrb. d. röm. Rechtsgeschichte. Deutsche Ausgabe von Holtzendorff (1879) S. 387.

59) Puchta §. 131.

60) Vgl. Padelletti a. a. O. „Schon unter Constantin bemerkt man einen bedeutenden Verfall; von ihm und seinen Nachfolgern erhaltene Rescripte sind sowohl rücksichtlich ihrer Form, als auch nach ihrem Inhalte viel mangelhafter" (als die Rescripte Diocletian's).

61) Rivier sagt also mit Recht (Introduction historique au droit romain, Aufl. v. 1881, p. 518): Décadence, que l'on a peut-être exagérée, de la jurisprudence, de la magistrature, du barreau..." Am nächsten meiner Anschauung kommt die von Marezoll (Institutionen §. 26): „Auf dieser Höhe wissenschaftlicher Thätigkeit erhielt sich indessen das römische Recht nur etwa bis auf die erste Zeit nach Severus Alexander, auch noch einigermaßen bis auf Diocletian." Und §. 28: „Ebenso verloren sich die responsa prudentium. Denn, obgleich es noch immer prudentes in einem gewissen Sinne gab, so hörte doch ihr bisheriges Wirken . . . zum großen Theil ganz (sic) auf . . . Das

Digitized by Google

aber, wo denn die Leistungen der Juristen aus dieser Zeit zu finden seien, so lautet die Antwort: „im Codex, wie die der classischen Juristen in den Pandekten".[62]) Wie die römische Rechtswissenschaft im alten Rom sich aus der Rechtsbelehrung allmälig entwickelt hat, so geht sie am Ende der dritten Periode in dieser wieder auf; und wenn es wahr ist, daß die Kaiser das Recht der Rechtsauslegung auf Grund ihres Oberpontificats in Anspruch nahmen[62a]), so würde auch hierin das Ende an den Anfang erinnern. — Erloschen aber ist juristisches Wissen und Können auch mit Constantin's Aenderungen nicht gänzlich; sonst wären nicht so manche zweckmäßige und gelungene Reformen im Civilrechte möglich gewesen, wie sie doch auch die vierte Periode noch aufzuweisen hat.[63]) Umgebracht hat die altersschwache Rechtswissenschaft erst Justinian: einerseits durch seine Pandekten-Compilation, welche die herrliche Literatur der Vergessenheit preisgab, andererseits durch das Verbot freier wissenschaftlicher Bearbeitung des Rechtes. Ob eine viel spätere und anders geartete Rechtswissenschaft ihm zu Danke verpflichtet sei, ob er für sie ein reiches Material gerettet oder umgekehrt den Verlust eines viel reicheren mitverschuldet habe, darüber lassen sich nur Vermuthungen aussprechen.[64])

VI.

Eine unbefangene Betrachtung zeigt, daß die herrschende Lehre von dem plötzlichen und gänzlichen Verfall unmittelbar nach der höchsten Blüthe der römischen Rechtswissenschaft eine zweifache Ueber-

---

Respondiren in der oben angegebenen, privilegirten Weise wurde jetzt unmittelbar vom Kaiser selbst, in Form von Rescripten, ausgeübt."

62) Daß die meisten Namen der Vergessenheit anheimfielen, kann nicht befremden. Wie viele tüchtige Männer neuerer Zeit, die in den Ministerien durch Ausarbeitung von Gesetzentwürfen sich verdient machen, theilen dieses Schicksal!

62a) Es ist dies aber bloß Hypothese; vgl. Wlassak S. 183.

63) Die juristischen Leistungen dieser Zeit stecken eben in den späteren Constitutionen und Novellen.

64) Ich glaube allerdings, daß Justinian's Compilation den Untergang der excerpirten Schriften beschleunigt hat. Vgl. etwa Gerhardt Noodt, opera omnia (Cöln 1732) Tom. I. p. 541 col. 2.

Digitized by Google

treibung enthält: weder war der angebliche Gipfelpunkt in der ersten Hälfte des dritten Jahrhunderts so hoch, noch der Fall in der zweiten Hälfte desselben so tief; dort das Licht nicht so strahlend, hier die Nacht nicht so dunkel, als man glaubt. Ist erst das richtige Maß der fraglichen Thatsachen erkannt, dann erklärt sich das, was nach Beseitigung aller Uebertreibungen übrig bleibt, ohne besondere Schwierigkeit.

Erklären läßt sich sowohl die im Verhältniß zur übrigen Literatur verspätete und länger anhaltende Blüthe der Privatrechts-Wissenschaft, als auch ihr Verfall.

Die Verspätung hat ihre Gründe: theils in allgemeinen culturgeschichtlichen Gesetzen, nach denen die Prosa sich später als die Poesie, die Wissenschaft später als die Kunst, die fachwissenschaftliche Thätigkeit später als das philosophische Raisonnement entwickelt — theils, wie allgemein bekannt, in den politischen Veränderungen.

Und auch das läßt sich wohl erklären, warum die spätere juristische Literatur sich so vortheilhaft von der übrigen zeitgenössischen abhebt. Alle fachwissenschaftliche Darstellung ist objectiv und wird durch die Tradition der Schule, den Ernst des Gegenstandes, die Nothwendigkeit methodisch fortschreitender Untersuchung davor bewahrt, sich in's Leere und Kindische, in's Platte oder Phantastische zu verlieren. Dagegen sind solcher Gefahr in Zeiten alternder und sinkender Cultur am meisten ausgesetzt die wesentlich subjectiv gefärbten Productionen der Dichtkunst, Rhetorik und Philosophie. Bieten sie doch die meiste Gelegenheit zur Schaustellung der Persönlichkeit mit allen ihren Schwächen und Unklarheiten.[65]) Jene Gegenüberstellung deckt sich großentheils mit der Eintheilung literarischer Werke in solche, bei denen das Hauptaugenmerk auf den Inhalt, und solche, bei denen es auf die Form gerichtet ist. In Zeiten des Verfalles sind Werke der letzteren Art unvergleichlich schlechter als die der ersteren. So suchten die späten griechischen und römischen Sophisten einen Stolz darin, an nichtigen Stoffen ihre Virtuosität

65) Es ergeht dabei sinkenden Culturepochen, wie Menschen mit mittelmäßigen Anlagen, aber tüchtiger Fachschulung. So lange sich die Gespräche Dieser über Gegenstände des allgemeinen Interesses ergehen, ermüden sie oft die Geduld des Hörers; sprechen sie dagegen von ihrem Fache, so sind es gleichsam andere Menschen, selbst was den Ausdruck der Rede und der Mienen betrifft.

Digitized by Google

zur Schau zu stellen. Daß dabei die Form schwülstig und widerlich wurde, ist bekannt und begreiflich. Bei wissenschaftlichen Arbeiten dagegen bringt die Wahrhaftigkeit des Vortrages ernster Gedanken eine gewisse schlichte Natürlichkeit mit sich, und darum ist die hier oft vernachlässigte Form wohlthuender, als jene sorgfältig, aber geschmacklos gepflegte. Darum stehen die Juristen und die Stoiker auch formal höher, als die Schönredner ihrer Zeit, weil es Jenen, nicht aber auch Diesen, Ernst war um das Vorgetragene. Dazu kommt, daß man an Fachschriften auch einen anderen Maßstab der ästhetischen Kritik anlegt.[66]) Unter allen Wissenschaften aber war bei den Römern die des Privatrechtes die am längsten und liebsten gepflegte.

In der Mitte steht bei beiden obigen Eintheilungen die Geschichtschreibung. Zwar fehlt es ihr nicht an Stofflichkeit; aber der Stoff ist so beschaffen, daß der Darsteller — er mag wollen oder nicht — in seinem Buche immer zugleich sich selbst darstellt. Wenn ein unbedeutender Mensch über Völkerschicksale sein Urtheil abgibt, so zeigt sich das Ungenügende seiner Kräfte ebenso unerfreulich, als in den subjectiven Kundgebungen der Dichtung und Philosophie. Darum ist ein zusammenfassendes Urtheil gerade über diesen Zweig der Literatur am wenigsten zulässig.[67])

Nach all' dem erscheint es nicht mehr so auffallend, warum z. B. die Werke eines Julianus, Celsus, Gajus so viel höher stehen, als die eines Cornelius Fronto oder Florus; und warum die Juristen der Severe ihre literarischen Zeitgenossen überragen.

Aber auch der Verfall der Jurisprudenz in der zweiten Hälfte des dritten Jahrhunderts hat nichts Wunderbares an sich.

Zunächst kommt, wie auch allgemein anerkannt wird, die Anarchie nach den Severen in Betracht. „Es tritt die Zeit des

66) Vom Inhalte abgesehen, und nach der Form der Darstellung geschätzt, rangiren die Fünf meines Erachtens so: Papinian, Gajus, Ulpian, Modestin, Paulus. Die Schreibweise des Letztgenannten ist gewiß nicht musterhaft.

67) Einerseits ein Vellejus Paterculus oder gar Valerius Maximus, andererseits der (spätere) Tacitus. Unter den Schriftstellern der Periode des Verfalls einerseits die scriptores rei augustae, andererseits der (noch spätere) tüchtige Ammianus Marcellinus.

Digitized by Google

vollständigen Zerfallens des Reiches ein, wo in 50 Jahren 17 Kaiser auf einander folgten, und nur zuletzt Diocletian's Thatkraft den Staat vom Untergange rettete." [68]) Damit hängt zusammen das immer breitere Hereinfluthen der Barbaren im Osten und Westen, und die vollständige Vernichtung des römischen Volksthums. Mit beiden Thatsachen hängt wieder zusammen der immer unverhüllter hervortretende Despotismus; das Cäsarenthum wurde mehr und mehr zum Carenthum, der Imperator wird zum *αὐτοκράτωρ* und *βασιλεύς*, sein Auftreten erinnert an das der persischen Großkönige.[69]) Waren doch die tüchtigsten Kaiser vom dritten Jahrhundert ab Orientalen und Slawen.[70]) Die ganze Verfassung und Verwaltung wird von Grund aus geändert, die Volksbeglückung durch eine centralistisch organisirte Beamten-Hierarchie und eine sich um alles bekümmernde Gesetzgebung (edictum de pretiis rerum venalium!) wird optima fide versucht. Eine neue Capitale entsteht, aber mit ihr nicht zugleich eine jugendfrische Cultur. Eine verlebte und verderbte, aus den Resten verschiedener Nationen zusammengewürfelte Bevölkerung zieht in Neu-Rom ein. Die Stickluft der Unfreiheit und schwächlichen Sittenlosigkeit am Hofe und in der Hauptstadt war einem wissenschaftlichen Aufschwunge ebenso ungünstig, als das Elend in den Provinzen; keine Wissenschaft aber bedarf mehr eines männlichen Sinnes und gesunder Selbstachtung, als die Rechtswissenschaft.

Noch einer wichtigen Aenderung ist hier zu gedenken: der Ab-

---

68) Bruns a. a. O. S. 141 f.

69) Vgl. Esmarch S. 377 f.: „Die Ursachen des frühen (?) Falls lagen in dem nun unaufhaltsam und alle Dämme überfluthend einbrechenden, von Säbelherrschaft und Despotie begleiteten Barbarenthum, welches die Wissenschaft aus dem Rathe der Herrscher, aus den Hallen des Marktes vertrieb, und was sich noch Jurisprudenz nannte, in die dumpfen Hallen der kaiserlichen Hofkanzeleien und in den Staub der kaiserlichen Rechtsschulen einzwängte." — Dieser Zeit gehört namentlich die Rechtsschule von Berytus an (231—551). Ueber die Nachahmung orientalischer, namentlich persischer Despotie durch Diocletian und seine Nachfolger s. Padelletti S. 380 und 383, wo auch (in A. 2) die Belegstellen nachzulesen sind. Selbst die Annahme von Mitregenten und Cäsaren hat Analogien in dem gleichzeitigen Sassanidenreich (Burckhardt, Die Zeit Constantin d. Gr., S. 51).

70) Vgl. J. Burckhardt, Die Zeit Constantin d. Gr. (1853), S. 21.

Digitized by Google

schaffung des alten ordo iudiciorum privatorum.[71]) Daß in ein despotisch reorganisirtes Staatswesen diese wesentlich republikanische Einrichtung nicht paßt, ist ebenso selbstverständlich, als daß in der barbarisch gemischten, durch mannigfaches Unglück heimgesuchten, moralisch gesunkenen Bevölkerung nicht genügend viele geeignete iudices privati zu finden waren. Es fehlte die Bildung, die Charakterrienheit, das Interesse für die Rechtsprechung, welche allein jenes Institut zu einem segensvollen zu machen vermochten. Andererseits konnte in einer bureaukratisch centralisirten Verwaltung die Rechtssprechung nicht Privaten überlassen werden. So wird es leicht verständlich, daß die Abschaffung des ordo iudiciorum privatorum gerade in die Regierungszeit Diocletian's fällt. Wie nachtheilig aber die Beseitigung des Formular-Processes auf die juristische Bildung wirken mußte, begreift jeder, der in modernen Proceßacten den formlosen Brei unklarer Vorstellungen gesehen und sich überzeugt hat, daß nur der Gebrauch der romanistischen Schulausdrücke Klarheit in die Deductionen zu bringen vermag.

VII.

Neue Impulse gab dieser hinsiechenden Cultur nur ein Factor: das officiell gewordene Christenthum. Diesem wandten sich nun die Geister zu. Als nach zwanzigjährigen Wirren, welche auf Diocletian's Abdankung (i. J. 305) folgten, Constantin zur Alleinherrschaft gelangte, galt die erste Sorge nicht etwa der Fixirung des Civilrechtes, sondern des christlichen Glaubensbekenntnisses. Das erste allgemeine Concil, welches der Autokrat, in märchenhaftem orientalischem Pompe strahlend, persönlich eröffnete, und das Resultat desselben, das symbolum Nicaenum, sind in mehr als einem Sinne epochemachend in der Culturgeschichte. Auch die Gesetzgebung fand nun ein neues Object: das christliche Kirchenrecht, als Gegenstück zu dem heidnischen Sacralrecht. Die theologische Literatur überragt bald jede andere[72]), im lateinischen

71) Vgl. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden römischen Reichs (1834) §. 2.

72) Vgl. Hugo, Geschichte des röm. Rechts (10. Aufl. 1826) S. 934 ff., Puchta, Institt. (8. Aufl.) S. 357, Rudorff I. S. 254.

Digitized by Google

Westen[73]), wie im griechischen Osten; dort: Ambrosius, Hieronymus, Augustinus und ihre minder namhaften Zeitgenossen, hier: die beiden Eusebius, Gregor von Nazianz, Basilius d. Gr. und viele Andere. — Es ist von großem Interesse, zu sehen, wie diese christliche Literatur mit der heidnisch-philosophischen zusammenhängt, wie großen Einfluß auf sie die späten Sophisten und die Neuplatoniker (deren Blüthezeit die zweite Hälfte des dritten Jahrhunderts war) geübt haben.

Der heilige Augustinus war, zusammen mit dem tugendhaften Heiden Libanius, Schüler des Themistius aus Paphlagonien. Des Libanius Schüler war der heil. Basilius d. Gr. (nachmals Bischof seiner Vaterstadt Cäsarea). Zugleich aber war dieser, wie sein berühmter Freund und Landsmann Gregor von Nazianz, Schüler des Sophisten Himerius und Proairesius; Gregor war auch Bewunderer und Nachahmer des Sophisten und Redners Antonius Polemon u. s. w.[74]) Aber auch noch ein anderer Zusammenhang ist vorhanden. Schon das zweite und noch mehr das dritte Jahrhundert hatte ein lebhaftes Interesse für religiöse Fragen, das den Römern fremd war. Die auf das Nützliche gerichtete Thatkraft, der nüchterne Sinn, die praktische Tüchtigkeit der guten Zeit, das betäubende Lasterleben der Bürgerkriege und der ersten Cäsarenzeit lenkten davon ab. Als aber weniger zweckbewußte und andererseits sinniger veranlagte und phantasievollere Völker in den Vordergrund traten, wurde es anders. Hadrian z. B. verzehrte sich in Sehnsucht nach einem Glauben, den sein skeptischer Verstand ihm verwehrte, Marcus Aurelius fand in stoischer Ergebung seinen Halt. Alexander Severus suchte sich aus dem Besten, was er kannte, einen neuen Olymp zusammen.[75]) Immer lebhafter wurde das Verlangen nach religiösem Trost. Dieses führte Viele dem Christenthume zu, während Andere das sinkende Heiden-

---

73) Teuffel, Geschichte der röm. Literatur (3. Aufl.), §§. 433—443, S. 1018—1048.

74) S. etwa Rud. Nicolai, Griechische Literaturgeschichte II. 1, S. 460 f., III. 365 ff., ferner III. S. 199 ff., 204 ff., 211 ff.

75) Burckhardt S. 207. — Er hatte in seiner Hauskapelle unter den Bildern der Religionsstifter auch das Christi, in einer anderen Kapelle Bilder von Weisen und Heroen aufgestellt.

Digitized by Google

thum nochmals zu durchgeistigen und zu verklären suchten. Die Vorträge und Schriften der mit religiösen Problemen sich beschäftigenden Sophisten und Neuplatoniker fanden lebhafte Theilnahme.[76]) Die Stoiker, die späteren Platoniker, die noch späteren Neuplatoniker, die Neupythagoräer — Alle bereiteten sie den Boden für das Christenthum vor. Die hervorragendsten jener Männer nun waren Rathgeber und Freunde der Regenten. So erfreuten sich (wie schon angedeutet) Alexander von Aphrodisias und Flavius Philostratus (II) der Gunst des Kaisers Septimius Severus und seiner Gemahlin; der Rhetor Misitheus war praef. praet., praef. urbi, Vormund und Schwiegervater des jungen Gordianus (238 bis 244), auf den er einen guten Einfluß übte. Plotinus wurde hochgeehrt von Gallienus und dessen Gemahlin Salonina, Libanius von Kaiser Julianus, Themistius von Constantius und Julianus. Ganz die gleiche Rolle spielten in der christlichen Zeit die christlichen Philosophen, wie wir jene alten Kirchenschriftsteller nennen dürfen. So stand bekanntlich Eusebius (der Freund des Pamphilus) in intimen Beziehungen zu Constantin d. Gr., der aber auch den Umgang heidnischer Sophisten nicht verschmähte.

„Aber gehört denn dieses alles zu unserem Thema?" Doch! Erst waren Juristen die intimen Rathgeber der Herrscher, dann theilten sie sich mit den heidnischen und später mit den christlichen Theosophen in den Einfluß, bis sie hinter diese zurücktreten mußten. Die berühmten Worte des ehrgeizigen Puniers: (Justitiae) merito quis nos sacerdotes appellet . . . ., veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes — sind nicht frei von Aemulation. Und daß jener Einfluß nicht auf das Privatleben der Kaiser beschränkt blieb, versteht sich fast von selbst. So war Themistius

76) Antonius Polemon (d. Aeltere), der Wohlthäter von Smyrna, und Herodes Atticus, der Wohlthäter Athens, der so viele Städte mit Prachtbauten schmückte und sich mit dem Plane der Durchstechung des korinthischen Isthmus trug, wurden von ihren Zeitgenossen wie Halbgötter geehrt, wozu allerdings auch ihr großer Reichthum beitrug. Vgl. Nicolai II. 1. 460 f., 464 ff. mit Gregorovius, Der Kaiser Hadrian (2. neugeschriebene Aufl., 1884) S. 351 ff. In diesem interessanten Werke behandeln im II. Buche die Capitel 7 ff. (S. 307 ff.) „Wissenschaft und Gelehrtenthum", das 13. Capitel betrifft die Stoiker, das 17. die Regenerirungsversuche des Heidenthums, das 18. die Ausbreitung des Christenthums.

Digitized by Google

schon unter Constantius in Staatsgeschäften thätig, wurde von Julian zum Präfecten von Constantinopel designirt, von Valens in den Senat berufen, unter Theodosius I. Erzieher des Arkadius, Stadtpräfect u. s. w.[77]) Welchen enormen Einfluß in der christlichen Zeit kirchliche Würdenträger namentlich im Osten erlangt haben, ist allbekannt. — Auch ist nicht zu vergessen, daß rechtswissenschaftliche, philosophische und theologische Bildung zuweilen vereinigt waren. Kaum noch einem Zweifel unterliegt es, daß der Kirchenvater Tertullianus mit dem gleichnamigen Juristen identisch ist.[78]) Der heilige Basilius war in seiner Jugend Sachwalter; Cassiodor war Staatsmann und Theologe. Die Kaisergesetze erhalten nun nicht selten dogmatischen Inhalt, die kirchlichen Schriften hinwieder sind versetzt mit juristischem Stoff, namentlich mit Citaten aus Kaisergesetzen.[79]) Die frühzeitige stramme Organisation der christlichen Kirche zeugt von dem Einflusse römischen Rechts- und Staatswesens.[80])

Kuntze fährt an der hier Eingangs citirten Stelle (wo er fragt, ob es der Rechtswissenschaft an Stoff oder an Talenten gefehlt habe) so fort: „So müßten wir fragen, wenn wir nicht

---

77) Nicolai III. S. 199 ff.

78) S. die Belegstellen in Rudorff's Rechtsgeschichte I. §. 77, N. 2. Fitting S. 33.

79) S. etwa Rudorff I. S. 254 f.

80) Für die weitere Ausbildung und Differenzirung kirchlichen Wesens im Morgen- und Abendland wurde die Eigenart der herrschenden Völker maßgebend. Griechische Sophistik, orientalisches Formelwesen legten frühzeitig die Keime, aus denen sich jene bildungsfeindliche Macht der morgenländischen Kirche entwickelte, über die Fallmerayer so beredte Worte gesprochen, und von der sich Jeder überzeugt, der nur einen Blick in jene Welt gethan hat. Selbst das Bündniß zwischen morgenländischem und slawischem Wesen, das in der russischen Kirche verwirklicht ist, war schon in den Anfängen des officiellen Christenthums angedeutet. So waren z. B. die theologisirenden Kaiser Constantin und Justinian Slawen, die Bevölkerung der Balkanhalbinsel war schon damals stark mit slawischen Elementen versetzt. Anders entwickelten sich Glaube und Kirche in dem freier denkenden, gemüthlich-sinnigeren Westen. All' das kann hier freilich nur angedeutet werden durch die Schlagworte: Westen — Osten; Römer — Griechen; Germanen — Slawen; Katholiken — Orthodoxe; der über die Könige sich erhebende Papst — der vom Kaiser abhängige Patriarch; die angebahnte Freiheit von Staat und Kirche — der Cäsaro-Papismus.

Digitized by Google

wüßten, daß inmittels still, aber siegreich ein frischer aus anderem Anfang quellender Geistesstrom hereingetreten wäre in die alternde sterbende Welt, und eine junge Welt voll neuer Ideen ihre Höhen und Tiefen aufgethan hätte. Was Wunder, daß .... alle erhabenen und tiefen Seelen .... jetzt dorthin blickten und wirkten. Wenn es wahr ist, ... daß Tertullian der Jurist und der Kirchenvater Eine Person sei, so sähen wir in ihm, ... wie das Heidenthum seine Talente ans Christenthum verlor." Man muß noch Eines hinzufügen. Nicht Alle, die der neuen Richtung ihre Kraft widmeten, waren rein ideale Naturen, wie Tertullian, Gregor, Basilius. Gewiß waren oft auch weltliche Triebfedern, namentlich die des Ehrgeizes, im Spiele. Im vierten Jahrhundert war ja die Zeit evangelischer Einfachheit lange vorüber, die duldende Sache war Staatsreligion, die Verfolgten waren Verfolger geworden. Die Hierarchie bot ein weites Feld der Thatkraft und dem Ehrgeize dar. Man hat oft darauf hingewiesen, daß an dem Aufschwunge der Civilrechtswissenschaft die durch Octavian und Tiberius veränderten Verfassungszustände großen Antheil hatten. In der guten alten Zeit wurden die hervorragenden Römer Helden und Feldherren, in der späteren Zeit des Freistaates schlaue Politiker und glänzende Redner. „Die Freiheit ist der Lebensathem der Rede" (Mähly II., 131); deshalb „versiegte mit dem Aufhören des (freien) politischen Lebens auch die öffentliche Beredsamkeit ...., sie zog sich in den Gerichtssaal oder in den Hörsaal zurück. Es standen keine großen, weder patriotischen noch politischen Fragen auf der Tagesordnung, während die socialen Verhältnisse immer noch Anlaß genug zu juridischen Streitigkeiten boten, ja mit der steigenden Civilisation eine Vermehrung der Rechtsfragen Hand in Hand ging." Diese in Beziehung auf Griechenland gemachte Bemerkung Mähly's (II. 93) paßt auch auf Rom[81]); sie enthält den

81) Die Parallele zwischen den Schicksalen von Demosthenes und Cicero ist zum Schulthema geworden; eine Parallele zwischen der Geschichte der griechischen und der römischen Rhetorik wäre weniger banal, gehört aber nicht her. — Nur Eines sei hier noch erwähnt: Tacitus, ein Zeitgenosse der classischen Juristen (in unserem Sinne), hat als junger Mann den dialogus de oratoribus geschrieben und Cicero nachgeahmt. Es ist bekannt, wie sehr er sich später von diesem Gegenstande und dieser Form abgewendet hat — der Grund ist leicht zu errathen. Er ist in dieser Wandlung ein Repräsentant seiner Zeit.

Digitized by Google

Hauptgrund, warum sich (in der dritten Periode) die besten Kräfte der Jurisprudenz widmeten. Als weder die Rednerbühne, noch das consilium principis genügend lockte, wurden die Streber Hofgeistliche, Bischöfe, Patriarchen. Damit soll weder Diesen aller innere Beruf abgesprochen, noch viel weniger bezweifelt werden, daß die Zahl der ideal Gesinnten auch in dieser Zeit noch sehr groß war.

VIII.

Wenn wir nun zurückblicken, so sehen wir einen natürlichen, wohlverständlichen Entwickelungsgang. Erst nur eine unbehülfliche Rechtskunde; dann die Jugendzeit der Rechtswissenschaft vom scipionischen Zeitalter bis zum Sturz der Republik; darauf die eigentlich classische Zeit, die Epoche männlicher Reife und Kraft: von Labeo bis Julian; dann die gelehrte Epoche, die alternde Rechtswissenschaft von Gajus bis zu Diocletian's ungenannten Juristen; endlich ein schwächliches Greisenalter: von Constantin bis Justinian, nach welchem nichts mehr kommt, was irgendwie noch der römischen Rechtswissenschaft zugezählt werden könnte. Es sind das Perioden von je anderthalb bis zwei Jahrhunderten. Zwischen des älteren Cato Jugend und dem Hadrianischen Edict liegen etwa vierthalbhundert, zwischen diesem und dem Justinianischen Gesetzbuch vierhundert Jahre. Keine Sprünge und keine plötzlichen tiefen Stürze. Die Jurisprudenz von Paulus und Ulpian steht auf keiner so enormen Höhe, die unter Gordian und Diocletian liegt nicht so tief darnieder, als gewöhnlich gelehrt wird. Der Verfall, der allerdings im dritten Jahrhundert vorbereitet war und im vierten sich rascher vollzog, ist eine gar nicht wunderbare Erscheinung, sondern aus dem Gange der politischen und der Culturgeschichte wohl zu erklären.

Manche unter den Thatsachen, welche hier vorgebracht wurden, sind so bekannt, daß es den Verfasser eine Ueberwindung kostete, sie niederzuschreiben. Und doch konnte er nicht umhin. Denn seine Absicht war, dieselben in ein richtigeres Licht zu stellen. Er wollte Bekanntes so sagen, daß daraus eine neue Erkenntnis hervorleuchte.

Digitized by Google

Literarische Notizen

zum vorstehenden Aufsatz.

Um den Nachfolgern in der Bearbeitung dieses Gegenstandes Zeit und Mühe zu sparen, lasse ich hier einige die Literatur der Frage betreffende Notizen folgen.

Bar. de Crassier Disp. de causis crescentis et decrescentis iurisprudentiae romanae. Leod. 1825. 4°. (steht wahrscheinlich in einer mehrere Abhdlgn. desselben Verf. enthaltenden Publikation). Trotz aller Bemühungen (auch nach Belgien habe ich mich deshalb gewendet) ist es mir nicht gelungen, diese Arbeit zu Gesicht zu bekommen.

Specimen continens caput iuris controversum de causis cadentis iurisprudentiae post tempora Alexandri Severi . . . praeside Christ. Henr. Breuning . . . . 25. Apr. 1765 defendet F. G. Lehmannus . . . . Lpzg. Als Verf. ist der Erstgenannte zu betrachten. Ich verdanke die Benutzung dieses Schriftchens (6 Quartseiten) der Güte des Herrn Oberbibl. Krehl in Leipzig. Der wesentliche Inhalt ist dieser: §. 1. Nur wenige Excerpte der Digesten gehören in die Zeit Constantins, keines der späteren an. §. 2. Verf. nimmt nach Bach an: die disceptatio fori seien die Ausführungen der Juristen vor den Centumviral-Gerichten gewesen. §. 3. Nach dem Citirg. hätten nur die Fünf Autorität gehabt, die erst Justinian den Uebrigen wiedergegeben habe. §. 4. Warum hat a) die Zahl der Juristen in der angegebenen Zeit, und b) ihre Autorität so abgenommen, daß sie für die Digesten nicht benutzt wurden? §. 5. Jede Wissenschaft blüht nur eine gewisse Zeit hindurch. Die Rechtswissenschaft aber bedarf der Freiheit. Nur so lange ihr „mansit honos atque libertas, summa aluit haec disciplina ingenia". §. 6. Der zunehmende Gebrauch der Rescripte hat ihr sehr geschadet. Anfangs Ausübung tribunicischer (?) Gewalt, „tamen videntur rescripta citius suam deseruisse primam causam atque naturam ipsorum responsorum induisse. Folgt das Citat aus Suetonius Calig. 34. In Folge des natürlichen Uebergewichtes der Autorität der Rescripte über die der responsa hätten sich die Parteien immer öfter an die Kaiser statt an die Juristen gewendet, und so seien die responsa außer Uebung gekommen. §. 7. Die späteren Juristen haben ihr Gutachten mit Citaten aus alten responsa und mit Rescripten belegt (s. consultatio vet. ICti.). In der Zeit nach Alex. Sev. „ob professionem iurisprudentiae prope sublatam, ipsa iurisprudentia simul interiisse videtur". §. 8. Aller Eifer wandte sich fortan

Digitized by Google

der Sammlung der Rescripte zu. Die Späteren beriefen sich auf sie und die alten Autoritäten und gaben nur wenige eigene Zuthaten. In den Schriften eines Patricius, Eudoxius und ihrer Zeitgenossen stand nur weniges, das nicht schon früher wäre gesagt worden.

Dieses Referat macht eine unmittelbare Benutzung der Schrift Breuning's ganz entbehrlich.

Mehrere Schriften von Gerhard Noodt haben Titel, die den Irrthum erwecken können, als ob sie her gehörten. So behandelt die Abhandlung „Diocletianus und Maximianus" nicht etwa die für unsere Frage so wichtige Zeit an der Grenze der 3. und 4. Periode, sondern die „transactio et pactio criminum" und ist ein ausführlicher Commentar zu l. 18. Cod. de transact. II. 4. Ebensowenig hat mit unserem Thema zu thun seine Rede „de civili prudentia". Die 1684 zu Utrecht gehaltene Rede „de causis corruptae iurisprudentiae" betrifft die Zustände seiner Zeit. (In der Cölner Ausgabe von 1732 Tom. I. p. 537 sq.) Nur flüchtig wird auch unsere Frage gestreift. So sagt Noodt p. 541 col. 1 von den Rescripten: „In quorum potestatem post Gordianum (incertum sublata an neglecta fori disputatione) tandem omnis iurisprudentia concessit. (Vgl. hiermit Hölder, Institutionen S. 20.) Nec tamen silebo illam rescriptis ac decretis adeo non fuisse obnoxiam etc." Das Rescript binde nur für den einzelnen Fall u. s. w. (Näheres hierüber p. 236.)

Ihering hat in seinem, unmittelbar vor dem Beginn der Drucklegung dieser Festschrift erschienenen Buche „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz" S. 349—353 mit Recht darauf hingewiesen, daß erst mit dem theoretischen Unterricht, mit dem instituere, das sich vom instruere abschied, der Aufschwung der römischen Rechtswissenschaft begonnen habe, und daß die Stärke des römischen Rechtes zum großen Theil darin gegründet sei, daß es (im Unterschiede vom deutschen und englischen) „durch die Schule hindurchgegangen ist". Seine Blüthe habe es erreicht, als die römischen Juristen die Lehrthätigkeit mit der praktischen vereinigten. „Erst in der christlichen Kaiserzeit hört diese Doppelstellung auf, das Lehramt wird ein ausschließliches. . . . Mit der Wissenschaft hatte es aber jetzt ein Ende. . . . Die Praxis suchte ihren theoretischen Haltpunkt ausschließlich in den Werken einer Zeit, welche Jahrhunderte hinter ihr lag, — ein testimonium paupertatis für die damalige Theorie, wie es nicht schlimmer gedacht werden kann."

Daß die Trennung von Theorie und Praxis viel zum Verfalle beigetragen hat (was z. B. auch Dirksen betont), ist gewiß. Aber dieser Verfall hat noch andere (oben dargelegte) Gründe — Gründe, welche zugleich es erklären, warum jene Trennung, und warum gerade in jener Zeit, stattgefunden hat.

Digitized by Google

Digitized by Google

II.

Quaestio Domitiana.

Digitized by Google

Digitized by Google

Die Thatsachen von anekdotischem Interesse sind die ersten, welche sich dem Gedächtnisse des Jünglings einprägen, der, dem Gymnasium eben entwachsen, dem Studium der Rechtswissenschaft sich zuwendet, und dem das Jus, obwohl er sich schon „Jurist" nennt, ein mit sieben Siegeln verschlossenes Buch ist. Noch bevor ihm klar geworden ist, was es mit dem „in alium assem venire" auf sich hat, weiß er, daß ein alter Schülerspaß Seinesgleichen „dupondii" genannt, daß Justinian dies mit lächerlichem Ernst verboten und gar feierlich „in omne futurum aevum" befohlen hat, „primi anni auditores ... Justinianos novos nuncupari". Ebenso erfährt er zuerst dort, wo ihm die Namen der römischen Juristen genannt werden, daß eine grobe Antwort „responsum Celsinum", eine alberne Frage „quaestio Domitiana" genannt werde; später erst lernt er den Rechtssatz, daß auch der Schreiber des Testamentes als Solennitätszeuge desselben letzten Willens fungiren könne, und wird bei dieser Gelegenheit an jene Anekdote wieder erinnert. Diese vergißt er Zeitlebens nicht mehr, und doch dürften nur Wenige die Berechtigung jener sprüchwörtlichen Bezeichnungen selbst geprüft haben. In der That gibt es Wichtigeres zu thun, und auch der Schreiber dieser Zeilen würde schwerlich jemals damit sich beschäftigt haben, wenn nicht ein Fall aus der Praxis ihm über den Sinn der Anfrage des Domitius Labeo eine nicht gesuchte Aufklärung verschafft hätte. Der Fall war ungefähr dieser:[1])

Während einer in Wien herrschenden Epidemie sah sich Jemand veranlaßt, in aller Eile zu testiren; er schickte um Zeugen, und

1) Das Detail ist hier ohne Interesse. Der Fall ist erzählt in der Gerichts-Ztg. v. 1857, Nr. 134.

Digitized by Google

diktirte inzwischen einem Freunde in Gegenwart des Arztes das Testament. Bevor die Zeugen kamen, war es zu spät; ein rascher Tod verhinderte die Perfection des Testiractes. Man versuchte das unvollendete allographe Testament als ein mündliches zu retten[2]), und da für ein testamentum tempore pestis conditum in Oesterreich zwei Zeugen genügen (a. b. G. B. §. 598), so sollten der Arzt und der Testamentsschreiber dafür gelten. Beide aber betonten als gewissenhafte Männer, daß der Erblasser zwar vor ihnen den Inhalt seines letzten Willens kundgegeben, sie aber nicht als Zeugen desselben rogirt habe, und ihnen diese Function weder nach seiner noch nach ihrer Vorstellung dabei zugetheilt gewesen sei.[3]) Kurz: es wurde auch darüber gezweifelt und gestritten, ob Arzt und Testamentsschreiber als Testamentszeugen gelten können; namentlich der Letztere (meinte man) sei doch kein bloß „zufälliger Zeuge". Im vulgären Sinne freilich nicht; sobald man aber dem „Solennitätszeugen" als technischen Begriff den „zufälligen Zeugen" entgegenstellt, dann ist gewiß auch jener Schreiber so zu nennen. Da nach anderen Zeugen gesandt wurde, ist es klar, daß der Testator den Schreiber nicht als Solennitätszeugen betrachtete.

Zweifel ähnlicher Art nun waren es, welche in der Anfrage des Domitius Labeo ihren Ausdruck fanden. Zum besseren Verständnisse mögen folgende Thatsachen in Erinnerung gebracht werden.

1. Die für verschiedene Rechtsacte vorgeschriebene Zeugenzahl (3, 5, 7, 10) und so namentlich auch die sieben Testamentszeugen sind als Minimum gemeint, worauf schon die bekannte Stelle aus Cicero (in Verr. II. 1, 44) hindeutete: Si tabulae testamenti ad me proferentur obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet. Ueberschreitungen der vorgeschriebenen Zahl haben auch guten Sinn; wenn der eine oder andere Zeuge unfähig ist, braucht darum der Act nicht, wie bei der stricten Einhaltung der Zahl,

2) Ein in der österreichischen Praxis früher sehr häufiger, jetzt seltener gewordener Mißbrauch; vgl. unsern Commentar II. S. 171 fg., bes. Note 11. Für das gemeine Recht vertheidigt eine ähnliche milde Behandlung Glück in seinem Commentar 35. Bd., S. 29 fg. Vgl. damit unsern Commentar II. S. 139.

3) Auch darüber setzten sich die Gerichte hinweg! S. die soeben citirte Note 11 unter Z. 4.

Digitized by Google

ungültig zu sein. Dazu kommen Erwägungen factischer Natur, namentlich der Wunsch, für den letzten Willen eventuell genügende Beweiszeugen zu haben. Und so sagt denn auch Paulus[4]) geradezu: „Plures quam septem ad testamentum adhibiti non nocent; superflua enim facta prodesse iuri testamenti, nocere non possunt.“ Von dem mündlichen Testamente sagt Ulpianus[5]): Die Zeugen müssen die Erklärung des Testators wohl vernehmen (exaudire); et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit solemnem numerum exaudire.[6])

2. Die Rechtsurkunden wurden nicht allein von den Zeugen zugesiegelt; so z. B. Schuldscheine auch von Schuldnern und Bürgen[7]); so die „tabulae ceraeque“ vom libripens und familiae emtor, sonst wäre die Entstehung der prätorischen Testamentsform unbegreiflich. Die citirte Stelle der Verrinen spricht denn auch nicht von Zeugensiegeln, sondern von Siegeln kurzweg.[8])

3. Die Zeugen eines Testamentes mußten „rogati“ sein, wie der Schulausdruck lautet, während die Römer viel häufiger „testes adhibere“ sagen.[9]) Es geht diese Aufforderung, bei dem Testamente als Zeuge mitzuwirken, dem Testiracte voran, ist also nicht zu verwechseln mit der alten Formel des Mancipations-Testamentes: „itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote“, welche einen Theil des solennen Actes bildet. Diese Ansprache war gerichtet an die Zeugen, die rogatio ergeht an Personen, die im Augenblicke derselben noch nicht Zeugen sind, sondern es erst werden sollen. Ob diese Personen deshalb erst zum Testator eingeladen werden, oder, ohne daß um sie geschickt worden wäre, zufällig anwesend

---

4) Sent. rec. III. 4a. §. 10.

5) L. 21 pr. D. qui testam. fac. poss. 28. 1.

6) Vgl. zu Punkt 1 überhaupt Bruns, Die sieben Zeugen des römischen Rechts. S. 6 fg.

7) Bruns, Die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden (Abhdlgn. d. Berliner Akademie d. W. 1876), S. 44 fg.

8) Vgl. Bruns, Die sieben Zeugen S. 8 mit Bruns, Unterschriften S. 45. Z. 3. Vgl. auch Leist, Der römische Erbrechtsbesitz (= Fortsetzung von Glück's Comm.) I. S. 464 fg.

9) Fein in Glück's Commentar, 44. Bd., S. 426 fg. Vgl. über die Erbittung der Zeugen Glück ebd. 34. Bd., S. 287 fg.

Digitized by Google

sind, ist bekanntlich gleichgültig.[10]) Da aber solches Einladen auch „rogare“ heißt, so hat dies zu Mißverständnissen geführt.[11]) Jedenfalls aber muß das Anwohnen und Zuhören beim Testiracte kein zufälliges, sondern Folge des übereinstimmenden Willens des Testators und des Zeugen sein.[12])[13]) Dies einerseits, die Formlosigkeit[14]) der Rogation andererseits, konnte zuweilen zu nachträglichen Zweifeln darüber Anlaß geben, ob Jemand wirklich als Testamentszeuge mitgerechnet werden dürfe. Solche Zweifel konnten durch eine Schulregel, wie etwa die folgende, bestärkt werden: In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet.[15])

Und nun lesen wir uns die berüchtigte Anfrage![16])

Domitius Labeo Celso suo salutem. Quaero, an testium numero habendus sit is, qui, cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque cum tabulas scripsisset, signaverit?

Diese Anfrage war nicht etwa vor Errichtung des Testamentes gestellt (als Bitte um Belehrung, wie man es zu machen habe!), sondern nach des Testators Tode. Das Testament hatte die septem signa, aber Jemand, der an der Ungültigkeit desselben interessirt war, drang auf Prüfung des Umstandes, ob sie von testes rogati herrühren. Einer Derjenigen, die signirt hatten, sagte nun aus, er sei ad testamentum scribendum rogirt gewesen, und die Frage

---

10) Glück a. a. O.; Fein S. 423.

11) Besonders der Worte „testes vel rogati vel qui fortuitu venerint“ in L. 8 §. 3 Cod. de iure codic. 6. 36. Vgl. Fein S. 419 ff.

12) Die Zeugen müssen voluntarii, und dürfen in einem gewissen Sinne nicht fortuiti sein. Sehr verkehrt ist es zu glauben, die Rogation dürfte von Jemand Anderem als dem Testator ausgehen; vgl. unseren Commentar II. S. 154 fg., bes. N. 12.

13) Beiläufig bemerkt: Der übereinstimmende Wille zweier Personen, auf eine rechtliche Wirkung gerichtet — und doch kein Vertrag.

14) Auf Hypothesen über das ältere Recht (Glück, 34. Bd. S. 288 ff.) brauchen wir uns hier nicht einzulassen.

15) Bei Ulpian freilich (l. 21 §. 2 D. qui testam. fac. poss. 28. 1) folgt ihr gleich eine jeden Zweifel ausschließende Explanation auf dem Fuße. Aber die Regel ist gewiß nicht von ihm, sondern alte Schultradition.

16) Mitgetheilt in l. 27 D. l. c.

Digitized by Google

ist nun, ob dieses, verbunden mit dem Umstande, daß er in Gegenwart des Erblassers signirte, genügt, ihn als gehörig rogirten Testamentszeugen erscheinen zu lassen. Der Fall läßt sich dann, was das sachliche Detail betrifft, verschieden denken, ohne daß dieses für die rechtliche Frage relevant wäre. Z. B.: Es sind acht Siegel da, sieben der eigentlichen Zeugen, das achte vom scriptor testamenti. Einer der Zeugen erweist sich als non idoneus und es soll das Testament damit gerettet werden, daß der scriptor als testis passire. Oder: Es waren nur Sieben; der Eine, ein ängstlicher Mensch, sagte (etwa durch vexatorische Fragen bedrängt): sicher sei er nur dessen, daß er ad testamentum scribendum rogirt worden sei. Oder aber: Der scriptor ist im Einverständnisse mit dem Intestaterben oder überhaupt Demjenigen, der das Testament bestreitet, und sagt mala fide aus: allerdings habe er signirt, allerdings sogar das Testament selbst geschrieben; dennoch aber sei er nicht testis rogatus, weil u. s. w.[17]) — Andere, minder wahrscheinliche Thatbestände lassen wir unberücksichtigt.[18])

Die Testamentsförmlichkeiten können von zwei Standpunkten aus betrachtet werden: vom Standpunkt dessen, der testiren will (Cautelar-Jurisprudenz), und vom Standpunkte des Richters, dem das Testament eines Verstorbenen zur Beurtheilung vorliegt. Der Gesetzgeber muß — was zuweilen bei der Kritik von Formvorschriften verkannt wird[19]) — beide Betrachtungen verbinden. Die

---

17) Mir selbst ist ein noch grellerer Fall in meiner Praxis vorgekommen. Die „als Zeugen" Unterschriebenen gestanden, daß sie dies über Aufforderung des Erblassers gethan; behaupteten aber gleichwohl, keine rogirten Testamentszeugen zu sein, da sie nicht gewußt hätten, daß es sich um ein Testament handle!

18) Es könnte z. B. der scriptor verstorben und die Frage die gewesen sein, ob der Beweis der Rogation erbracht sei. Dabei etwa folgende Argumentation: Geschrieben hat N. das Testament (das zeigt die Handschrift); eine Fälschung wird nicht behauptet, folglich war er gewiß wenigstens ad scribendum rogatus. Sein Siegel ist auch da, also kann man nicht wohl zweifeln, daß er testis rogatus war. Vgl. über den Beweis der Rogation: Glück im Commentar, 34. Bd., S. 289—291; Fein ebd., 45. Bd., S. 40 ff. — Bei den anderen, oben vorausgesetzten Fällen wäre die Frage primär die gewesen: ob gewisse Thatumstände eine Zeugen-Rogation ausmachen; hier dagegen: ob aus jenen auf diese zu schließen sei.

19) Vgl. unsern Commentar II. S. 189, Abs. IV.

Digitized by Google

Frage des Dom. Labeo ist vom zweiten Standpunkte aus formulirt und lautet in getreuer Uebersetzung:

„Ich frage, ob in die Zahl der Zeugen einzurechnen ist[20]) Derjenige, welcher — gebeten, das Testament zu schreiben — es selbst auch, nachdem er die Urkunde geschrieben, gesiegelt hat?"

Darauf antwortete Celsus: Iuventius Celsus Labeoni suo salutem. Aut[21]) non intelligo quid sit, de quo me consulueris, aut valide stulta est consultatio tua; plus enim quam ridiculum est dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit.

„Entweder verstehe ich nicht, um was du mich eigentlich gefragt hast, oder deine Anfrage ist gewaltig albern; denn es ist mehr als lächerlich zu zweifeln, ob Jemand rechtswirksam als Zeuge beigezogen wurde, weil Derselbe auch die Testamentsurkunde geschrieben habe."

Die Antwort ist ebenfalls vom zweiten Standpunkte aus formulirt (adhibitus sit — scripserit), würde aber, mit geringer sprachlicher Abänderung, auch für eine von dem anderen Standpunkte aus gestellte Frage passen.

Die Grobheit der Antwort ist — was meistens übersehen wird — eine bedingte. Celsus gesteht, daß ihm der Sinn der Consultation nicht klar sei, daß er nicht wisse, welchen Punkt die Zweifelsfrage eigentlich betreffe (quid sit, de quo me consulueris). Absurd findet er die Anfrage nur dann, wenn die Compatibilität der Functionen „Testaments-Schreiber" und „Testaments-Zeuge" bezweifelt würde.

Die Frage betraf aber gar nicht diesen Punkt. Selbst aber, wenn dieses der Fall gewesen wäre, so ist nicht zuzugeben (was selbst Vertheidiger des Domitius Labeo annehmen), daß die Frage dann lächerlich, oder wie Celsus sich ausdrückt, „mehr als lächerlich" gewesen wäre. Durch zwei Jahrtausende ist der Satz: „der Schreiber des Testamentes kann auch als Zeuge bei demselben verwendet werden" in Schulen, Lehrbüchern und Gesetzen unzählige

---

20) „. . . an testium numero habendus sit"; cf. Gaius II. 107: De libripende eadem . . .; nam et is testium numero est.

21) In der Florentiner Handschrift fehlt dieses aut. —

Digitized by Google

Male wiederholt worden; er ist mithin (wie man hyperbolisch zu sagen pflegt) „allbekannt“. Aber das Allbekannte ist darum noch nicht selbstverständlich, so viele Menschen auch diese Verwechslung begehen, weil man das Allbekannte ohne Begründung hinzunehmen pflegt. Auch war der Satz zur Zeit des Celsus noch nicht so „abgedroschen“, wie er es heute — gerade in Folge des responsum Celsinum — ist. Jedenfalls dachten und denken die Gesetzgeber hierüber ganz anders, als Celsus; denn sonst würde die Aufnahme dieser Stelle seiner Digesten in die des Justinian (L. 27 cit.), die ausdrückliche Formulirung jenes Satzes in so manchen seither publicirten Gesetzen[21a]) eine Generalinjurie an die Menschheit und vollends an die Juristenwelt bedeuten!

Die Testamentsförmlichkeiten sind etwas so durchaus Positives, daß man die Bezeichnung „selbstverständlich“ nur selten anwenden kann. Uns erscheint die Unterschrift des schreibkundigen Testators als selbstverständlich; römische Sitte war sie nicht.[22]) Selbst darüber, wozu denn eigentlich Zeugen bei der Testamentserrichtung erfordert werden, hat man nicht zu allen Zeiten gleich gedacht. Daß die Zeugen mit dem familiae emtor nicht durch väterliche Gewalt verbunden sein durften, erschien den alten Römern gewiß natürlich, den Späteren historisch begreiflich (Gaius II. 105, Ulpiani fragm. XX. 3 sq.), wurde aber zuletzt, als nachgerade sinnlos, aufgegeben (§. 10 Inst. de test. ordin. II. 10). Daß der Erbe nicht Zeuge des ihn bedenkenden Testamentes sein solle, scheint uns sehr natürlich, die Römer dachten darüber anders (§. 10 cit.). Ueber das Verhältniß der Testamentszeugen zu einander enthalten viele Gesetzgebungen gar keine Bestimmungen, während sie (s. z. B. österr. a. b. G. B. §§. 594, 595) eine nahe Beziehung zwischen dem Zeugen oder Schreiber und dem Honorirten als Hinderniß betrachten. Und doch hätte es guten Sinn, zu verbieten, daß die Zeugen untereinander nahe verbundene Personen seien, um Unterschiebungen zu erschweren.

21a) Vgl. z. B. Basil. XXXV. tit. 1. 28: *Ὁ γραφεὺς τῆς διαθήκης καλῶς ἐν αὐτῇ μαρτυρεῖ* (Heimbach III. p. 544) mit österr. a. b. G. B. §. 581: „Der Schreiber des letzten Willens kann ... zugleich Zeuge sein.“ Vgl. auch Maxim. Not. Obg. II. 2 (bei Emminghaus I. S. 128).

22) Vgl. die in Note 7 citirte Abhandlung von Bruns.

Digitized by Google

Hinsichtlich gerichtlicher und notarieller Testamente gibt es ähnliche Vorschriften in vielen Staaten (nämlich: daß die Zeugen mit dem Richter oder Notar nicht nahe verwandt sein dürfen u. dgl.). Das Zürcher Gb. (§. 2061) schließt den Arzt und Seelsorger des Erblassers aus u. dgl. m. Was wäre also Unsinniges daran, wenn eine, Fälschungen und Unterschiebungen argwöhnende, Gesetzgebung den Schreiber nicht zugleich als Zeugen fungiren ließe? An Mißtrauen fehlt es doch in der einschlägigen römischen Gesetzgebung der Kaiserzeit wahrlich nicht, an deren Anfang das S. C. Libonianum, an deren Ende die (freilich bald wieder aufgehobene) L. 29 Cod. de testam. 6. 23 steht! — Und daß den Zeugen dem scriptor testamenti gegenüber keine Controle zugemuthet wurde, geschah wieder nur aus Mißtrauen, damit ihnen der Inhalt des Testamentes geheim gehalten werden könne.

Jener Rechtssatz ist demnach nicht selbstverständlich; eine diesbezügliche Frage hätte Ignoranz (mangelhafte Kenntnisse), aber nicht Albernheit (mangelhafte Urtheilskraft) bewiesen. Man hat in alten Zeiten öfter die Frage ventilirt, ob Domitius Labeo Jurist oder Laie gewesen sei. Mir scheint ersteres nicht zweifelhaft, so kurz (eben zu kurz) konnte nur ein Jurist die Frage formuliren; auch wäre einem Laien gegenüber die Antwort des Celsus noch viel unpassender, als sie es im anderen Falle ist. Sie hätte, wenn die Frage den von Celsus vorausgesetzten Inhalt gehabt hätte, etwa lauten mögen: „Manifesti iuris est“ etc.

Aber es war dies nicht der Fall, sondern Celsus hatte die Frage mißverstanden — eine Möglichkeit, die er selbst einräumt. Celsus verstand so: Ist die Thatsache, daß Jemand das Testament geschrieben hat, ein Hinderniß, quominus testium numero habendus sit? Domitius Labeo dagegen hatte gefragt: „Genügen die von mir angeführten Thatumstände, damit Jemand testium numero habendus sit?“ —

Soweit die sachliche Untersuchung. In früherer Zeit aber gefiel man sich darin, die persönliche Seite der Frage hervorzukehren, und gleichsam ein Ehrengericht über die beiden längst verstorbenen Männer abzuhalten. Dabei wurde zuweilen ein Eifer entwickelt,

Digitized by Google

der lächeln macht, und eine Grobheit, als ob über die „responsio Celsina“ nicht urban verhandelt werden könnte.

Unter den Neueren ist hier vor Allen Puchta zu nennen, der über die objective und subjective Seite seine Meinung ausgesprochen hat.[23]) „Diese Frage“, meint er, „kann nicht anders, als thöricht genannt werden; denn das Bedenken, welches darin ausgedrückt wird, ist lediglich die vermeintliche Unverträglichkeit des Schreibens und Zeugens. Ob dem Anfragenden nicht vielleicht noch ein anderes, Vernünftigeres vorgeschwebt habe? .... Nahe lag diese Möglichkeit nicht, wenn man bedenkt, daß das Niederschreiben zum Act der Testamentserrichtung selbst nicht gehört, dieser vielmehr erst nachher beginnt, so daß also das Amt des Schreibers und das des Zeugen durchaus kein gleichzeitiges ist.“ Gerade darum zweifelte D. Labeo, ob der Betreffende als erbetener Zeuge gelten könne. Wäre das Niederschreiben ein wesentlicher Theil des Testiractes, dann wäre die Frage viel leichter zu beantworten, nämlich zu bejahen gewesen. Unrichtig ist es, daß in der Consultatio lediglich ein Zweifel über die Verträglichkeit jener zwei Functionen ausgedrückt sei; davon ist dort gar nicht die Rede. Noch verfehlter ist die Bemerkung „vielleicht noch ein anderes ... Bedenken“; daß D. Labeo nicht zwei, sondern nur ein Bedenken gehabt hat, kann am wenigsten zweifelhaft sein.

Gegen den Vorwurf der Grobheit nimmt er den römischen Juristen lebhaft in Schutz. Es ist dies von psychologischem Interesse; denn es darf wohl ohne Verunglimpfung Puchta's gesagt werden, daß, was wir von des Celsus literarischer Eigenart wissen, an die seines eben genannten deutschen Nachfolgers erinnert: Reichthum, Klarheit und Schärfe der Gedanken und ihres Ausdrucks, aber auch die zu scharfe, nicht selten absprechende und verletzende Art der Polemik. Die geschichtliche Wahrheit fordert es, diesen Zug in der Charakteristik der beiden Männer nicht zu verwischen. Darum gehören sie nicht minder „zu den ausgezeichnetsten juristischen Schriftstellern“.[24])

Nicht minder absprechend ist der bekannte Ausspruch: „Sufficit

23) Institutionen I. §. 99 vor und in Note n.

24) Worte, die Puchta auf Celsus anwendet.

Digitized by Google

dimittere possessionem, etiamsi non transferas. Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat; immo vult dimittere, quia existimat se transferre.“ L. 18 §. 1. D. de adquir. v. amitt. poss. 41. 2. Diese angeblich lächerliche Ansicht haben viele der vorzüglichsten römischen und modernen Juristen — nicht eingeschüchtert durch jenes „ridiculum“ — für die richtigere erklärt.[25]) Auch bei der Discussion dieser Frage hat, wie Meischeider richtig bemerkt, „die celsinische Abfertigungsmethode ansteckend gewirkt.[26]) In l. 9 (10) §. 1 D. de neg. gest. 3. 5 erzählt Ulpian, daß Celsus eine Ansicht des Proculus verspottet habe („eleganter deridet“). In l. 60 (59) §. 1 D. de hered. instit. 28. 5 sagt er von einer allerdings unrichtigen Meinung: „Quod totum et ineptum et vitiosum est.“ Cf. L. 68 (67) §. 2 D. de furt. 47. 2: „quid tam ridiculum est . . .“

So sprechen denn auch viele der Aelteren, z. B. Bartolus und Wilh. Grotius[27]) von der Unhöflichkeit des Celsus. In unserer Zeit freilich, in der die Urbanität der Discussion im literarischen und öffentlichen Leben so selten geworden ist, kann jener Vorwurf kein Gewicht mehr haben.[28]) —

Ex professo haben die L. 27 cit. behandelt A. Fdch. Schott[29]) und Ferd. Kämmerer.[30])

---

25) Eine Uebersicht der verschiedenen Ansichten gibt Meischeider, Besitz und Besitzschutz (1875) §. 70.

26) S. 321, Note 3. Er gibt dafür ergötzliche Belege.

27) De vitis ICtorum, quorum in Pand. exstant nomina (1690 und 1718), lib. II. 3. §. 12 i. f. (Wilhelm Grotius war ein Bruder des Hugo Gr.; er lebte 1597—1662.)

28) Alf. Pernice (Labeo I. S. 65) spricht von der „groben Abfertigung auf eine quaestio Domitiana“ und nennt (S. 66) den Domitius Labeo einen „fragsüchtigen Gesellen“.

29) De quaestione Domitiana in L. 27 D. qui testam. fac. poss. . . . praeside Aug. Frid. Schott . . . die 8. Jun. 1771 disputabit C. C. Drechsel . . . Lipsiae, XII pag. 4°. Nach der Sitte jener Zeit ist ohne Zweifel Schott der Verf. der Abhandlung.

30) Beiträge zur Geschichte und Theorie des Römischen Rechts. Von Ferdin. Kämmerer, Prof. d. R. in Rostock. (1817) I. (und einziger) Bd., III. Abhdlg.: „Vertheidigung des Domitius Labeo gegen die Beschuldigungen

Digitized by Google

Schott sagt: Celsus sei von dem Vorwurfe der Unhöflichkeit nicht freizusprechen (§. 2); D. Labeo sei, wie seine alberne Frage zeige, kein Jurist, sondern vielleicht (nach einer Vermuthung Everh. Otto's) der zur Zeit Hadrian's unter dem Beinamen insanus bekannte Grammatiker Domitius[31]) gewesen (§. 3). Dionys. Gothofredus habe das Bedenken so verstanden: ob, wenn Jemand Anfangs nur ersucht war, die Urkunde zu schreiben, und hinterdrein mit sechs anderen Zeugen sie „subscripserit[32]) atque signaverit", dies genüge „quamvis nova ac specialis eius rei gratia rogatio non antecessisset" (§. 4).[32a]) Die Worte des D. Labeo paßten so gut zu dieser, als zu der herrschenden Auslegung[33]), welche auch Celsus nicht als gewiß, sondern als die wahrscheinlichere betrachtet habe. Während jetzt der Leser erwartet, über diesen Kern der Frage die Ansicht des Verfassers, das pro und contra, zu erfahren, sagt dieser lakonisch: Hunc igitur(!) sensum ut nos quoque Domitianae quaestioni tribuamus, huius loci explicandi gratia necesse(!) est (§. 5). Nach dieser überraschenden Wendung beschränkt sich Schott auf die Untersuchung, ob der von Celsus gelehrte Rechtssatz wirklich selbstverständlich sei. Man müsse Solennitäts- und Beweiszeugniß unterscheiden. In ersterer Hinsicht sei der Schreiber selbstverständlich fähig, und auch in der anderen so lange unbedenklich, als nicht der Verdacht der Fälschung gegen ihn laut wird; dann freilich wäre er testis in propria causa. Dom. Labeo aber habe dieses Bedenken ungebührlich verallgemeinert (§§. 6—8).

Gründlicher ist die Untersuchung Kämmerer's, der sich aber

---

neuerer Juristen, zur Erläuterung von Fr. 27 D. qui test. fac. poss. (28. 1), S. 208 . . . 226.

31) Daß dieser Domitius auch Labeo geheißen habe, sagt Gellius (18. 7) nicht.

32) Zur Zeit des Celsus haben die Testamentszeugen nicht subscribirt.

32a) In der Ausgabe von S. v. Leeuwen (c. notis Dion. Gothof.) (1720) wird als wahrscheinlicher Sinn der Anfrage angegeben: „an rogatus ad test. scribendum, idem non rogatus test. recte signare possit?"

33) Uterque sensus verbis Dom. convenire, nec iis vim facere videtur, qui dubium propositum de solo defectu rogationis specialis . . . intelligere malit. Dieser Ausspruch hält die Mitte zwischen der Behauptung Puchta's und der hier vertretenen.

Digitized by Google

zu viel mit den persönlichen Fragen beschäftigt (§§. 1—3, 5).[34]) In der Sache selbst äußert er sich (§. 4) so: „D. Labeo, wie Bartolus schon bemerkt, zweifelte nicht daran, ob derjenige, welcher zum Schreiben gebraucht worden, auch Zeuge sein könne; denn eine solche Bedenklichkeit, insofern der Schreiber nur zum Zeugniß überhaupt fähig war, würde allerdings lächerlich gewesen sein.“[35]) Aus den Worten des D. Labeo „geht deutlich hervor, daß er daran gar nicht dachte. Er führt an, daß Jemand ausdrücklich zum Schreiben des Testaments ... gebeten worden sei, nicht aber, um Zeuge zu sein.“ „Sehr natürlich entstand deshalb bei Labeo der Zweifel, ob“ Jener „als ein solcher angesehen werden könne, den man auch ausdrücklich um Zeuge zu sein, ersucht habe“ (S. 222). Bei der bekannten Formstrenge des römischen Rechts sei also die Frage keine müßige gewesen. So gerne wir dem Verfasser hierin zustimmen, so wenig können wir seinen Vorschlag billigen, „daß man nicht bloß grobe, sondern auch dumme Antworten responsiones Celsinae nennen sollte“ (S. 226)! —

Gegen Kämmerer's Auslegung sagt Puchta: „Das wäre nun allenfalls eine jener Möglichkeiten (nämlich daß dem D. Labeo doch etwas Vernünftigeres vorschwebte, als Celsus annahm); die wirkliche Frage aber lautet nicht so ...“ Dies ist eine fast unbegreifliche Behauptung. Gerade der Wortlaut der Frage paßt schlechterdings nicht zu der Antwort des Celsus, und sehr gut zu der Deutung Kämmerer's. Wer unbefangen erst die consultatio, dann das responsum liest, der wird gerade gegen dieses jene Worte richten, „die wirkliche Frage aber lautet nicht so!“ Endlich meint Puchta: Die Frage „würde auch so der Bezeichnung als stulta interrogatio nicht entrinnen, da sie eben gerade den wesentlichen Punkt mit Stillschweigen überginge“. Auch dieses ist offenbar falsch. Deutlicher würde die Frage allerdings, wenn das Negative betont wäre: „Wir wissen nicht, oder: es ist nicht erweislich, ob der Betreffende auch als testis rogirt war.“ Die wesentlichen Punkte

34) Auf dieses Gebiet (die Untersuchung über die Person des D. Labeo) wollen wir ihm nicht folgen, am wenigsten die Nachweisung aller in dieser Frage vorgebrachten Grobheiten wiederholen.

35) Der erste Theil dieser Behauptung ist meines Erachtens richtig, der zweite falsch.

Digitized by Google

bleiben aber doch die angeführten positiven Thatsachen. Dunkel, zu knapp, und insofern unvorsichtig formulirt ist die Anfrage; aber wohin kämen wir, wenn wir jeden römischen Juristen, der sich zu knapp und dunkel ausgedrückt hat, so injuriös behandeln wollten![35a]) Und warum soll übermäßiges Streben nach Kürze einmal „bewundernswürdige Prägnanz des Ausdruckes" und ein anderes Mal „Albernheit" genannt werden? —

Dagegen scheint Zimmern[36]) mit Kämmerer in der Hauptsache einverstanden zu sein, indem er, unter Verweisung auf seine Abhandlung sagt: Des Celsus „bekannte, allerdings ungerechte Antwort ..... gab die Veranlassung, daß man auch aus anderen Stellen seine Unhöflichkeit zu erweisen gesucht hat."

Die richtige Ansicht hatte auch schon Justus Claproth[37]): „Wer gebeten ist, das Testament zu schreiben, selbiges auch geschrieben und besiegelt hat, der wird, wenn sonst kein anderes Bedenken eintritt, als ein erbetener Zeuge angesehen und mit darunter gerechnet." Doch müsse er „bei der wirklichen Testamentshandlung geschrieben und untersiegelt" haben..... „Der Zweifel (des D. L.) beruhte darin: daß, da eine förmliche Erbittung zum Zeugniß erforderlich ist, diese aber nicht zum Zeugniß, sondern zum Schreiben geschehen war, ob dennoch letztere die Stelle der ersteren vertreten könne; und die Frage war bei einer vorgeschriebenen Förmlichkeit gewiß nicht seltsam. Ganz unrecht hat Juv. Celsus die Frage verstanden, wenn er im Matrosentone (!) antwortet . . ." u. s. w. (S. 126 fg.) —

Daß die herrschende Ansicht eine andere ist, hat nicht viel Gewicht. Die Meisten haben sich eben bei einer so untergeordneten Frage auf die Autorität des Celsus verlassen, der aber selbst seiner Sache nicht sicher war. Seit Bartolus[38]) scheinen ziemlich Viele

---

35a) Z. B. den Celsus wegen L. 60 D. de hered. 28. 5! S. unten S. 63 ff.

36) Geschichte des röm. Privatrechts bis Justinian, I. Bd. (1826) S. 324.

37) Abhandlung von Testamenten, Codicillen, Vermächtnissen und Fideicommissen. (Der Jurisprudentiae heurematicae III. Theil.) 2. Aufl., Göttingen 1797, §. 24: „Von der Erbittung der Zeugen."

38) In I. partem Infortiati Commentaria (Basil. 1588) p. 273. Celsus sei ohne Grund so grob gewesen; „non dubitabat Labeo, an ille, qui esset adhibitus ad scribendum, possit adhiberi ut testis, quae ridicula esset quaestio

Digitized by Google

(nämlich Diejenigen, welche die Frage eingehenderer Prüfung würdigten) die Consultation ähnlich verstanden zu haben[39]), wie der Schreiber dieser Zeilen sie versteht, den ein praktischer Fall darauf gebracht hat. Und diese Uebereinstimmung scheint mir auch ein Argument für die Richtigkeit der Interpretation zu sein.[40]) —

Doch wir dürfen nicht länger bei einer so geringfügigen Frage verweilen; es könnte sonst ein Kritiker in einer Celsinischen Anwandlung diese ganze Untersuchung eine quaestio Domitiana nennen!

(also auch hierin stimmen B. und Kämmerer überein); sed dubium eius erat: quando ille qui fuit adhibitus ad scribendum, et sic fuit rogatus, ut scriberet, sed non fuit rogatus ut testis, an hoc sufficiat, ut sit testis idoneus in testamento; quasi ex hoc, quod ipsum rogo, ut scribat, videar ipsum rogare, ut sit testis? Er bejaht diese Frage.

39) So z. B. auch Jason de Mayno (nach Kämmerer's Angabe, ich habe die Stelle nicht gefunden).

40) Es sollte nicht erst der Versicherung bedürfen, daß die oben dargelegte Ansicht nicht den Schriften der Vorgänger entlehnt ist; schon die Art der Begründung schützt vor diesem Verdacht. Erst als jener praktische Fall mir zufällig das Verständniß der Anfrage brachte, ging ich der Literatur der Frage nach und habe mir dann erst die Arbeiten von Schott, Claproth, Kämmerer (nicht ohne einige Mühe) verschafft.

Digitized by Google

III.

Ueber den Grund des Anwachsungsrechtes unter Miterben.

Digitized by Google

Digitized by Google

Ueber diesen Gegenstand ist so oft und so viel (und zwar auch in neuester Zeit) geschrieben worden, daß man von einer Wiedervornahme desselben abgeschreckt werden könnte*), wenn nicht die Divergenz der verschiedenen, zum Theil sehr künstlichen Erklärungsversuche zur Auffindung einer einfacheren Lösung des Problems reizen würde. Die mehr schwierige als praktische Lehre von der Accrescenz der Vermächtnißantheile schließen wir von der Betrachtung aus. Um den Leser nicht mit Wiederholungen von schon oft gesagten Dingen zu ermüden, und zugleich, um jene Einfachheit der Darstellung zu erreichen, welche diese überzeugender zu machen geeignet ist, soll hier mit dem gelehrten Apparate sparsam umgegangen werden. Ist doch schon an Gelehrsamkeit so viel an diese Frage gewendet worden, daß es nöthig scheint, sich wieder einmal zu besinnen, und die ungetheilte Aufmerksamkeit dem Problem selbst, statt einer Kritik aller darüber geäußerten Ansichten zuzuwenden. Es ist in unserer Materie vielleicht dadurch am meisten gefehlt worden,

*) Die Literatur ist verzeichnet bei Windscheid III. §. 603, N. * und §. 644, N. *, an letzterer Stelle speciell die Schriften, welche die Anwachsung bei Vermächtnissen betreffen; dazu vgl. die Zusammenstellung Samter's im Arch. f. civ. Praxis, 60. Bd., S. 77 f., N. *; auffallend ist es, daß diese, so sorgfältig sie ist, gerade das Hauptwerk über die Anwachsung bei Vermächtnissen nicht erwähnt, wie es denn überhaupt den deutschen Gelehrten entgangen zu sein scheint, nämlich: P. A. H. van Wetter, Droit d'accroissement entre colégataires. Mémoire couronné. Bruxelles 1866. (434 S. Lex.-8°.) Ueber die Literatur s. noch die dem Buche v. Wetter's angefügte „Bibliographie" und die krit. Bemerkungen in der Vorrede. — Reich an dogmengeschichtlichen Mittheilungen ist der Aufsatz von Dworžak in Haimerl's Vjschft. VIII. S. 1—91. Scharfsinnige, aber nicht durchweg überzeugende Untersuchungen enthält Strohal's Buch „Transmission pendente condicione" auf S. 90—138: „Die Accrescenz nach römischem Rechte" (u. zw. S. 90—114: Erbrecht, S. 115—138: Vermächtnisse und conjungirte Miterben, S. 138 ff.: „Die Acc. des österr. R."). Kurze Bemerkungen auch in Joh. Merkel's in N. 47 cit. Schrift, S. 116 ff.

Digitized by Google

daß man einen Gedanken, wenn sich aus ihm heraus nicht alle Fragen beantworten ließen, als verfehlt und werthlos bei Seite geworfen hat, während doch die Wahrheit hier in der gegenseitigen Begrenzung und Ergänzung verschiedener Gedanken zu finden sein dürfte, wenn auch der letzte Grund ein einfacher ist.

I.

Es ist die herrschende Ansicht, daß die Anwachsung unter Miterben im römischen Recht nicht — wie die unter Collegataren in demselben Rechte und wie die Anwachsung unter Honorirten überhaupt nach modernem (z. B. österreich.) Recht — auf den Willen des Testators zurückzuführen sei.[1]) Diese Ansicht, für das ältere römische Recht ganz richtig, ist es nicht in gleichem Maße für das neuere. Den Grund dieser Wandlung werden wir in dem nächsten Aufsatze darlegen. Hier sprechen wir vom Justin. Recht.

Machen wir uns zunächst klar, was überhaupt unter der Zurückführung auf den Willen des Testators zu denken sei.

Bei der Abfassung seiner Anordnung fragt sich der Testator vor allem: welche Personen er zu Erben haben, dann erst: ob er sie gleich oder verschieden behandeln wolle und in letzterem Falle:

---

1) Vgl. Zeiller, Comm. über d. allg. bgl. Gesetzbuch . . . der österr. Monarchie II. S. 429; Gruchot, Preuß. Erbrecht I. S. 542 ff. und die daselbst Citirten; Mommsen, Entwurf S. 293; Dworžak S. 1 ff. und die dort N. 2 Citirten, dann S. 87; Mühlenbruch, 43. Bd., S. 252 („nicht daß anwachse, sondern nur wie anwachse, beruht auf dem Willen des Erblassers"); Hartitzsch, Erbrecht (1827) §. 436 f.; Arndts §. 518 (g. E. des Textes); Fitting im Arch. f. civ. Pr., 57. Bd., S. 157 ff.; Göschen V. S. 485, 640; Sintenis, Civilrecht (3. Aufl.) III. S. 648, 710; Rivier, Traité des successions (Brüssel 1878), p. 242 sv., 419; Namur, Cours d'Institutes (3. Aufl., Brüssel 1878), II. Bd., §. 422, nr. 1 und 3 (doch mit dem ausdrücklichen Vorbehalte: mais la volonté du testateur, expresse ou présumée, exerce aussi de l'influence sur ce droit. Vermittelnd auch Strohal S. 113, 115, 119, 140. — Das Anwachsungsrecht unter Collegataren hat bekanntlich wiederholt tiefgehende Aenderungen erlitten, worüber v. Wetter ausführlich berichtet. Hierher gehört namentlich eine Aeußerung auf p. 308: Justinien a rétabli l'ancien droit d'accroissement, mais il lui a assigné une base nouvelle. Ce n'est plus l'unité et la solidarité du legs, . . . c'est la volonté du testateur qui en constitue le fondement unique.

Digitized by Google

in welchem Verhältniß sie theilen sollen. Gibt er keines an, so versteht sich die Gleichbehandlung von selbst, wenn sich nicht der Wille erkennen läßt, daß zwei oder mehrere zusammen nur so viel bekommen sollen, als jeder andere einzeln. Wenn nun Einer der Eingesetzten das ihm Zugedachte nicht erwirbt, so wäre es an sich quaestio voluntatis, wem es zufallen solle. Möglich, daß der Testator darüber ausdrücklich etwas angeordnet hat, oder daß man aus verschiedenen Indicien seinen Willen erweisen oder doch wahrscheinlich machen kann. Möglich aber auch, daß er hierüber gar keine Willensmeinung hatte, weil er an den Fall gar nicht gedacht hat; dann lautet die Frage: was hätte er gewollt, wenn er den Fall vorausgesehen haben würde? Auch in diesem Falle spricht man von einem „wahrscheinlichen Willen des Testators" und meint damit, daß man glaube, in seinem Sinne zu handeln. Dies ist keine Fiction; denn Jeder von uns hat Absichten, deren er sich nicht bewußt wird und die sich dennoch erkennen lassen. Es ist gerade so, wie wir auch bei der Gesetzes-Analogie uns auf die Absicht und den Willen des Gesetzgebers berufen, während wir zugeben, daß er den fraglichen Fall gar nicht bedacht hat. In diesem weiteren Sinne also ist es zu verstehen, wenn wir von einer Zurückführung der Anwachsung auf den gewissen oder wahrscheinlichen Willen des Testators sprechen. Zugleich sieht man aus dem Gesagten, wo hier der Raum für dispositive Vorschriften des Gesetzes ist.

Daß im römischen Recht auch absolute Normen hier eingreifen, erklärt sich aus dem Principe „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest"; dieses selbst wieder zu erklären, soll später versucht werden.[2]) Soweit aber jener Satz nicht im Wege steht, bringt auch das römische Recht den Willen des Verstorbenen zur Geltung. Der die Accrescenz direkt verbietende Wille wird nur darum nicht respectirt[3]), weil er etwas nach römischem Rechte Unmögliches anordnet; durch Substitution der gesetzlichen oder anderer Erben kann der Testator seinen Willen erreichen.

Beide Gedanken greifen also hier ein: die Achtung vor dem

2) In dem folgenden Aufsatze über den favor testamenti.

3) S. unsern Commentar II. S. 85 f., N. 5, und die dort Citirten.

Digitized by Google

Willen des Erblassers und der Rechtssatz nemo p. p. etc.[4]) Man kann demnach weder Denjenigen zustimmen, welche allen Nachdruck auf diesen Rechtssatz legen, noch Denjenigen, welche ihn als zur Erklärung untauglich bei Seite schieben. Zur Erklärung der Erscheinung, daß es überhaupt Accrescenz unter Mitinstituirten gibt, würde schon dieser Satz genügen. Denn in der That, was kann anderes mit dem erledigten Theil geschehen, wenn weder ein Transmissar noch ein Substitut da ist? An die gesetzlichen Erben kann er wegen des nemo p. p. nicht fallen, und an den Staat aus anderem Grunde nicht. Es wäre zu absurd, wenn das Testament, das die gesetzliche Erbfolge ausschließt, das Heimfallsrecht des Staates nicht ausschließen würde, das noch subsidiärer ist, als jene.

Wie sehr aber andererseits die Achtung des Willens des Testators auch für das römische Accrescenzrecht der Honorirten maßgebend ist, zeigt folgende Betrachtung. Das Recht der mit einem gemeinschaftlichen Vermächtnisse Honorirten beruht nach der herrschenden Ansicht (unbestritten im Justinianischen Recht) überhaupt

---

4) Duarenus, de iure accrescendi lib. I cap. 1 (in der Frankfurter Aug. v. 1592) p. 1077 col. 1. Wie das Gesetz die mehreren zu einer Erbclasse gehörigen „collective" beruft, so der dem Gesetze vergleichbare letzte Wille die Honorirten. Coniunctio igitur haeredum et legatariorum, quae fit a testatore, causa est iuris accrescendi in testamentis. Verum hoc ius legitimum nihilo minus dicendum est, quod ex lege proficiscatur, magis quam ex voluntate iudicioque testatoris . . . Sane voluntatis quaedam significatio est in hac re, sed tenuis admodum et obscura, ut merito totum hoc ius legi plerunque attribuamus. Nam si voluntas testatoris hic esset certa, procul dubio substitutio esset, vel expressa vel tacita, non ius accrescendi, quod a substitutione multum differt. (Daß diese Bemerkung unrichtig ist, wird an späterer Stelle gezeigt werden.) Richtiger bestimmen das Verhältniß der beiden zusammenwirkenden Factoren Müller, Institutionen §. 210 und Windscheid §. 644, Z. 1. Dieser sagt: „Das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen hat den gleichen Grund, wie das Anwachsungsrecht bei Erbschaften: es beruht auf dem Willen des Erblassers. Nur daß bei Erbschaften außer dem Willen des Erblassers auch der Wille des Gesetzes in Betracht kommt." Doch geht diese letzte Bemerkung, wie das Allegat „§. 604. Num. 2" zeigt, auf die Intestaterbfolge. — Die Rechtsnothwendigkeit dagegen betonen Fitting S. 157 f., Dworžak, System §. 346 Anm., Samter S. 89. Richtig sagt dieser, „daß eine Beerbung stets in omne ius defuncti und aus einem Delationsgrunde erfolgen müsse"; doch bedarf dieser Satz selbst wieder der Erklärung, die wir im nächsten Aufsatz zu geben versuchen werden.

Digitized by Google

auf dieser Grundlage.[5]) Die Accrescenz unter Mitinstituirten kann durch Substitution ausgeschlossen werden. Der Vorzug der Transmission und Substitution vor der Accrescenz beruht auf der Berücksichtigung jenes Willens. Der dem älteren Rechte fremde (L. 29 §. 1 u. 2 D. de leg. II, l. 61 §. 1 eod.) Satz portio accrescit cum onere beruht auf dem wahrscheinlichen und weicht daher dem erkennbaren anderweitigen Willen des Testators.[6]) Die Art der Vertheilung der vacanten Portion beruht, wie die Lehre von der Conjunction zeigt, auf der Berücksichtigung des letzten Willens. Kurz: diese Berücksichtigung findet einen Damm nur an dem Satze nemo pro parte . . . und, wo dieser durchbrochen ist, nimmt sie auch das übrige Terrain ein. Weil für den Soldaten dieser Satz nicht gilt, ist es bei seinem Testamente lediglich Willensfrage, ob der erledigte Theil den gesetzlichen oder den miteingesetzten Erben zufallen solle, wie uns Paulus ausdrücklich belehrt (l. 37 D. de test. mil. 29, 1):

Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest; et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem.[7])

Wer die Grenzen des von diesem und des von jenem Gedanken beherrschten Gebietes genau bestimmen wollte (worauf hier nicht eingegangen wird), muß zwei Fragen auseinander halten: wann und überhaupt warum Accrescenz unter den Honorirten eintrete, — und warum sie im Einzelnen gerade so und nicht anders normirt

---

5) Dies wird in dem Aufsatze von Samter nicht sowohl geleugnet, als verdunkelt, s. besonders S. 87—89, auf welche Ausführungen zu erwidern ist, daß der Testator allerdings nicht Widersprechendes mit Erfolg anordnen, ja nicht einmal wollen kann.

6) Vgl. Fitting im Archiv f. civil. Praxis, 57. Bd., S. 168—170; Bangerow II. §. 496, Anm. 3, Abs. V. Eine eigenthümliche Ansicht hat Ortolan, Explication historique des Instituts, T. II, nr. 743.

7) Wie sich das Verhältniß dann praktisch gestaltete, welcher Wille eher angenommen wurde (s. L. 42 §. 1 D. de bonis libert. 38. 2. Papin.), interessirt uns hier nicht. Vgl. den folgenden Aufsatz, bei Note 13, und die Beilage.

Digitized by Google

sei.[8]) Wir wollen diesbezüglich nur einen Punkt noch zur Sprache bringen.

Für die Frage nach dem Antheil, den der Wille des Erblassers und der Satz „nemo pro parte“ an der Accrescenz haben, ist von Interesse die Beantwortung der speciellen Frage: Kann Demjenigen, dessen Theil erledigt wird, selbst ein Theil dieses Theiles accresciren? Diese paradox klingende Frage geht auf den Fall, wo Jemand auf eine Portion unbedingt, auf eine andere bedingt eingesetzt ist, und wo, nachdem er jenen Theil erworben hat, die Bedingung deficirt.

Dabei muß man unterscheiden:

1. Handelt es sich um einen heres solus, so überwindet die Rechtsregel nemo pro parte den Willen des Testators; die Bedingung ist pro non scripta: L. 33 D. de hered. inst. 28. 5. L. 52 §. 1 D. de adquir. v. omitt. her. 29. 2.[8a])

2. Ist in dem gleichen Falle für die bedingte Portion ein Substitut ernannt, so kommt der Wille zur ungeschmälerten Verwirklichung: L. 52 i. f. cit. Deficirt die Bedingung, oder erlebt doch der Instituirte nicht die Erfüllung, so kommt dieser Theil an den Substituten.[8b])

3. Um so gewisser muß das Gleiche gelten, wenn jener Eingesetzte Miterben hat.

4. Wie aber, wenn in diesem letzteren Falle kein Substitut ernannt ist? A ist auf $^1/_4$ pure, B ist auf $^1/_2$ pure, auf das letzte Viertel bedingt eingesetzt. Die Bedingung entfällt. Wächst nun dieses $^1/_4$ dem A allein, oder dem A und B zusammen zu? Man kann sagen: „Da dieses letzte Viertel dem B nur für den Fall x zugewendet ist, so ist es ihm für jeden anderen Fall versagt.“

---

8) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 252.

8a) Vgl. C. Fuchs im civil. Archiv 39. Bd., S. 239 ff. Doch bedeutet dies Citat weder eine Zustimmung zu des Verf. Unterscheidung zwischen „Recht auf das ganze Vermögen“ und „dessen Ausübung“, noch zu der Erklärung der L. 53 pr. D. 29. 2.

8b) Freilich scheint die unmittelbar folgende Stelle (L. 53 pr.) das Nichterleben der Erfüllung und die Nichterfüllung nicht gleichzustellen, sondern im Falle der nach des Instituirten Tode eingetretenen Erfüllung den bedingten Theil seinen Erben zuzusprechen, wenn er bereits ex pura institutione Erbe geworden war. Doch ist die Auslegung bestritten. S. Mühlenbruch, 43. Bd., S. 150 ff. und die anderen bei Vangerow II. §. 498 (S. 333) Citirten.

Digitized by Google

Darnach müßte A allein dieſes $^1/_4$ erhalten. Man kann das Verhältniß aber auch anders auffaſſen und ſagen: „Da der Teſtator für den Fall einer Deficienz nichts verfügt hat, ſo bleibt das $^1/_4$ in der Maſſe; es iſt als ein nicht vergebener Theil zu betrachten; die teſtamentariſche Erbvertheilung iſt bei Deficienz der Bedingung ebenſo eine unvollſtändige, als wenn dieſes $^1/_4$ gar nicht erwähnt wäre.“ Die erſte Auffaſſung entſpräche dem Geiſte des neueren, die zweite dem des älteren Rechts. Nach dieſer müßte der unvergebene Theil zwiſchen A und B nach dem Verhältniſſe 1:2 vertheilt werden. Es erhielte alſo A $^1/_3$, B $^2/_3$ der vacanten Portion; ſomit:
A $^1/_4 + {}^1/_{12} = {}^4/_{12} = {}^1/_3$ der Erbſchaft, B $^1/_2 + {}^2/_{12} = {}^8/_{12} = {}^2/_3$.

Mit der erſten Anſicht ſtimmt überein L. 60 (59) §. 5 D. de hered. instit. 28. 5 (Celſus): ‚Titius ex semisse heres esto; Seius ex quadrante heres esto; Titius si in Capitolium ascenderit, ex alio quadrante heres esto.‘ Antequam Capitolium ascendat, si pro herede gerat, ex semisse heres erit; si Capitolium ascenderit, et ex quadrante heres erit, nec erit ei necesse pro herede gerere, quippe iam heredi. Darnach erwirbt B zunächſt nur $^1/_2$, das $^1/_4$ aber nur, wenn er die Bedingung erfüllt.

In Widerſpruch damit, und in Uebereinſtimmung mit der zweiten Anſicht, ſcheinen ſonderbarer Weiſe die unmittelbar darauf folgenden Sätze (§. 6) des Celſus ſich zu befinden. Si ita scriptum fuerit: ‚Titius ex parte tertia, Maevius ex parte tertia heredes sunto; Titius, si intra tertias kalendas navis ex Asia venerit, ex reliqua parte heres esto.‘ Videamus, ne Titius statim ex semisse heres sit; nam duo heredes instituti sunt, sed Titius aut ex semisse, aut ex besse; ita sextans utique erit in pendenti, et, si condicio exstiterit, ex besse heres erit, si non exstiterit, ille sextans Maevio adcrescet. Sed si decesserit Titius antequam condicio exsistat, deinde condicio exstiterit, tamen ille sextans non Titii heredi, sed Maevio adcrescet; nam cum adhuc dubium esset, Titio an Maevio is sextans datus esset, Titius decessit, nec potest intellegi datus ei, qui tempore dandi in rerum natura non fuit. Die Stelle macht große Schwierigkeiten; denn einmal ſteht ihr Ende mit L. 53 pr. cit. (ſ. Note 8b) in Widerſpruch, der nur durch Textänderung oder willkürliche Suppoſitionen ſich wegdeuten läßt; dann ſteht die Annahme, daß „Titius

Digitized by Google

statim ex semisse heres sit“ mit §. 5 unserer L. 60 (59) in Disharmonie.[8c]) Fuchs (S. 246, Nr. 23) will die „unrichtige Rechnung im §. 5“ daraus erklären, daß in §. 5 und §. 6 von verschiedenen Rechtssätzen gehandelt werde. Dies befriedigt aber nicht, so richtig Letzteres ist. Verschwindet denn damit der „Widerspruch des Celsus mit sich selber“, oder wird er auch nur begreiflich? So desultorisch der Gedankengang des Celsus in L. 60 cit. ist — gerade das ist den §§. 5, 6, 7 gemeinschaftlich, daß der Umfang des Erwerbes ex professo untersucht wird.

Sollte vielleicht die Verschiedenheit der Entscheidungen mit der der Bedingungen zusammenhängen? In §. 5 ist eine potestative, in §. 6 eine casuelle Bedingung vorausgesetzt; dort liegt in der Nichterfüllung ein Ungehorsam des Erben gegen den Testator, hier nicht; dort ist nur Erfüllung oder Deficienz, nicht aber der dritte Fall des §. 6 möglich: Erfüllung nach dem Tode des Eingesetzten. Dazu kommt noch die Eigenthümlichkeit der Bedingung in §. 6, daß für sie eine bestimmte Zeitfrist gesetzt ist, „si intra tertias kalendas navis ex Asia venerit“. Es wäre an sich denkbar, daß Jemand den Satz: „Der Eingesetzte muß die Erfüllung der Bedingung erleben“, als elementare Wahrheit anerkennt (da es sonst oft keine Grenze gäbe und man auf Ereignisse vielleicht 20 Jahre nach des Eingesetzten Tode Ansprüche könnte gründen wollen!) — und daß derselbe Jurist dennoch geneigt wäre, hier eine Ausnahme eintreten zu lassen, wegen der zweifachen Besonderheit des Falles: 1. weil der Eingesetzte schon Erbe geworden, und 2. weil die Zeit für die Erfüllung der Bedingung vom Testator angegeben ist. Möglicher Weise hat Celsus bloß diesen Scrupel verneinen wollen. Mit Sicherheit läßt es sich nicht sagen, wie denn überhaupt die L. 60 kein Muster klarer Darstellung genannt werden kann. So ist es beispielsweise eine Nachlässigkeit, daß im §. 7 vom Maevius weiter gar nicht mehr die Rede ist.

Soviel aber darf behauptet werden, daß eine so dunkle und in den §§. 5 u. 6 gerade in dem uns hier interessirenden Punkte

---

8c) Und doch kann darüber, daß Celsus die mit „videamus, ne . . .“ eingeleitete Frage bejahe, kein Zweifel sein. Vgl. auch §. 7: „Attio . . . ex semisse heres erit.“ Vgl. die Auslegung des §. 7 bei Mühlenbruch S. 343 ff.

Digitized by Google

sich widersprechende Stelle nicht geeignet ist, gegen die Rückführung der Accrescenz auf den Willen des Testators etwas zu beweisen. Selbst wenn wir es als ausgemacht betrachten wollten, daß der condicione deficiente erledigte Theil zum Theile dem bedingt Eingesetzten selber zuwachse, bleibt noch immer die Erklärung: Der Wille des Testators ist ein verschiedener, je nachdem er für den Fall der Nichterfüllung eine Substitution angeordnet hat oder nicht.

II.

Bekanntlich hat man wiederholt die Accrescenz unter Honorirten auf eine stillschweigende Substitution zurückzuführen versucht, was aber daran scheitert, daß die Anwachsung auch den Erben des Accrescenzberechtigten zu Gute kommt („portio portioni accrescit“): L. 26 §. 1 D. de cond. et demonst. 35. 1; während der Substitut den Substitutionsfall erleben muß — ein Unterschied, den schon die römischen Juristen ausdrücklich hervorgehoben haben: L. 9 D. de suis et legit. hered. 38. 16 (Marcian.); cf. L. 45 §. 1 D. de vulg. et pupill. subst. 28. 6.[9]) — Andererseits ist auch die Behauptung (die sich z. B. bei Duarenus findet, s. Note 4) unrichtig, daß in den eben gerügten Fehler Alle verfallen, welche die Accrescenz der Honorirten aus dem Willen des Testators zu erklären versuchen; denn das heiße ja eben eine stillschweigende Substitution annehmen. Selbst die ausdrückliche Bestätigung der Accrescenz ist noch keine Substitution.[10]) Denn die Anordnung: „A soll mein Erbe sein auf x; wenn er es nicht wird, sollen B und C seinen Theil bekommen“ ist doch offenbar verschieden von dieser: „A, B, C sollen zusammen die Erbschaft (oder den Theil x) bekommen (s. unten).

Es ist gewiß, daß zur Zeit, wo der Wegfall eines Mitberufenen sich entscheidet, eine neue Delation für die übrigen nicht erfolgt, daß also der Grund der Accrescenz in der ursprünglichen Berufung gesucht werden muß. Mit Recht nimmt man deshalb an, daß nur diejenige Theorie über den Grund der Accrescenz be-

9) Vgl. Dworžak S. 19 ff., Vangerow II. §. 451 a. E. (S. 176 der 7. Aufl.) und §. 494, Z. 4; Strohal S. 90 f. und S. 119, Anm. *.

10) Vgl. Dworžak S. 20 f.

Digitized by Google

friedigen könne, welche den Satz portio portioni accrescit am natürlichsten erklärt.

Die herrschende Ansicht ist dem wahren Sachverhalte nahe, verdunkelt ihn aber durch unvorsichtige Formulirung, welche Angriffe veranlaßt hat, die berücksichtigt werden müssen, obwohl die positiven Behauptungen der Opponenten von der Wahrheit weiter entfernt sind, als die von ihnen kritisirte Lehre. Wir wollen versuchen, dieser eine wesentlich verbesserte Fassung zu geben.

1. Man soll nicht sagen: Jeder Erbe ist auf die ganze Erbschaft eingesetzt, oder zur ganzen Erbschaft berufen; damit provocirt man den Tadel[10a]), es sei „im höchsten Grade unnatürlich", von dem auf $^1/_{12}$ Eingesetzten zu sagen: er sei zur ganzen Erbschaft eingesetzt.

2. Noch weniger darf man sagen: „A ist zunächst zu $^1/_{12}$, eventuell zur ganzen Erbschaft berufen", weil dieses zu dem Mißverständnisse Anlaß gibt[11]), als ob es sich um eine pure und eine bedingte Einsetzung handelte.

3. Man darf nicht sagen, daß die Theile lediglich concursu fiunt.[12]) Diese verfehlte Fassung hat den Vorwurf erfahren, daß darnach „mehrere Miterben stets und unbedingt nur völlig gleiche Erbtheile erhalten können".[13]) Das Richtige ist: Die Größe der

---

10a) Den z. B. Strohal S. 93 erhebt.

11) S. Strohal S. 98. (Dies „eventuell" hat z. B. auch Hölder, Beiträge S. 162; Namur §. 400.)

12) Man liest oft „partes solo concursu fiunt" (s. z. B. Dworžak S. 5); dies „solo" ist weder quellenmäßig, noch sachlich richtig. Auch Windscheid §. 603, S. 217, sagt: „eine Theilung entsteht bloß dadurch, daß Jeder zum Erwerbe gelangt." Sobald man dies „lediglich", „bloß", „solo" streicht, zerfallen die Einwendungen der in der folgenden Note Genannten, und die Samter's S. 85.

13) Fitting S. 152; vgl. S. 168. Ihm haben sich angeschlossen Krieg, Delation und Erbschaft im Falle einer Todtgeburt, S. 11 f., Strohal S. 93 ff., welcher meint, die herrschende Ansicht könnte Fitting's Angriff „höchstens noch mit der Wendung begegnen, daß in jenen Fällen, wo es zur Bildung von ungleichen Erbtheilen kommt, angenommen werden müsse, daß jeder Miterbe so oft als zur ganzen Erbschaft eingesetzt anzusehen sei, als Bruchtheile der ganzen Erbschaft auf ihn entfallen"! (Dabei schwebte ihm wohl Samter's Aeußerung auf S. 85 vor.) An dieses „gewiß nicht verlockende Auskunftsmittel" hat in der That noch Niemand gedacht; es würde auch schon durch seine Künstlichkeit gerichtet sein.

Digitized by Google

Theile hängt ab a) von dem vom Testator (bez. bei Intestaterben: vom Gesetze) vorgeschriebenen Theilungsmodus, und b) von dem Umstande, wer aus Denjenigen, die hätten Erben werden können, wirklich Erbe wird.

Die richtige und naheliegende (wohl selbst dem Laien verständliche) Formel ist diese: Alle Erben sind zusammen (gemeinschaftlich) zum ganzen Nachlasse berufen, und die Theilbestimmung ist keine absolute, sondern eine relative.

Eine absolute Ausmessung der Erbtheile bedeutet z. B. A soll $^1/_4$ der Erbschaft, und keinesfalls mehr bekommen. Ob ihm Viele oder Wenige gegenüberstehen ändert nichts; ja selbst wenn gar kein Mitberufener übrig ist, bekommt A doch nur $^1/_4$. So versteht das österreich. a. b. G. B. die letztwilligen Theilangaben, und weist den unerworbenen Theil des Nachlasses den gesetzlichen Erben zu (§§. 561, 562). Daß damit in der Mehrzahl der Fälle der Absicht des Testators entsprochen werde, ist nicht zu glauben. In der Honorirung liegt eine wohlwollende Absicht, zu der es schlecht paßt, wenn man den negativen Gedanken hineinlegt, „A soll jedenfalls nicht mehr als $^1/_4$ bekommen; darauf beschränke ich ihn, und sollte darüber der Rest selbst an den Fiscus fallen"![14]) — Wenn der Testator durch eine erschöpfende Vertheilung der Erbschaft die gesetzlichen Erben ausgeschlossen hat, so ist es doch klar, daß er ihnen die eingesetzten vorgezogen hat, daß also die Theilangabe nicht absolut, sondern relativ gemeint war; daß sie nicht eine Einschränkung ohne jede Rücksicht auf Miterben, sondern eine für das innere Verhältniß gültige Maßgabe[15]), nicht die Festsetzung eines Maximums, sondern umgekehrt eines Minimums für jeden der Bedachten ist. Anders ausgedrückt: die Theilangabe enthält das Maß der Vertheilung des Nachlasses unter diese Personen, die Proportion, nach der sie theilen sollen. Die Anordnung, „A, B, C sollen meine Erben sein, und zwar A auf $^1/_4$, B auf $^1/_2$, C auf $^1/_4$", besagt, daß A und C gleich, B dagegen doppelt so günstig

14) Daß diese und die folgenden Erwägungen auf Legatare nicht passen, versteht sich von selbst. Auch der Onerirte ist ein Honorirter, und ihm kommt die Nichtaccrescenz zu Gute. Hier liegt also die Annahme eines absoluten Maßes näher.

15) Vgl. Dworzak S. 5 fg., 15, 90.

Digitized by Google

gestellt sein soll. Folglich werden A und C, wenn sie allein zur Erbschaft gelangen, jeder die Hälfte erhalten; concurriren aber A und B (während C entfallen ist), so wird A $^1/_3$, B $^2/_3$ bekommen. Dazu kommt noch die Sitte der Römer, die partes nach unciae, also immer gleichnamigen Brüchen, zu bestimmen, wobei die Quoten unmittelbar (d. h. ohne daß es einer Umrechnung bedürfte) die Proportion ausdrücken; z. B. „A soll 3, B 6, C 3 Zwölftel bekommen", oder „ich setze A auf $^3/_{12}$, B auf $^4/_{12}$, C auf $^5/_{12}$ ein" ꝛc.

Ob man nun sagt: „A, B, C sind gemeinschaftlich zur ungetheilten Erbschaft berufen", oder ob man sagt: „die Theile geben einen relativen, nicht einen absoluten Maßstab, eine Proportion, nicht eine feste Einschränkung" — immer kommt man von selbst zu dem Gedanken, der einen kurzen und prägnanten Ausdruck in den Worten findet „partes concursu fiunt". Mögen diese Worte nun in L. 80 D. de leg. III in diesem oder in einem engeren Sinne gemeint sein[16]) — das vermag an der Richtigkeit jenes Gedankens nichts zu ändern.

Die Bemessung der Theile kann an sich gemeint sein als absolute oder als relative. Wir haben gesehen, daß die letztere Absicht des Testators die häufigere, wahrscheinlichere ist. Damit schon wäre gerechtfertigt die Regel, daß sie im Zweifel anzunehmen ist. Wir werden aber im folgenden Aufsatze sehen, daß eine andere Absicht in der alten Zeit gar nicht denkbar war. Aber auch die späteren römischen Juristen konnten eine andere Deutung nicht zulassen; der des Rechtes kundige, oder von einem Rechtsfreunde belehrte Testator konnte eine andere Absicht nicht haben. Ist aber einmal dennoch die Absicht auf eine absolute Beschränkung gerichtet gewesen, so kann ihr, wenn nicht zugleich Substitutionen angeordnet sind, nach römischem Rechte nicht entsprochen werden. Wäre das Accrescenzrecht der Honorirten im römischen Rechte lediglich auf den Willen des Erblassers basirt, so würde der Satz „partes concursu fiunt" nur einen anderen Ausdruck für diesen Willen enthalten, für die proportionale Bedeutung der testamentarischen Theilbestim-

16) Die Stütze, welche die herrschende Lehre in dieser Stelle zu besitzen glaubt, sucht ihr zu entziehen Brinz (1. Aufl.) S. 830 f., dem später Mehrere gefolgt sind. Dagegen Dworžak S. 5 f.

Digitized by Google

mungen. Da aber der Satz nemo pro parte ... dem letztwilligen Belieben eine Schranke setzt, so hat der Satz partes concursu fiunt eine über den gewissen oder wahrscheinlichen Willen hinausgehende, selbständige Bedeutung. Er ist der Ausdruck des Wesens der altrömischen Erbfolge, bei der die persönliche Seite (die Repräsentation) die primäre war, und die daher eine eigentliche Theilberufung gar nicht zuließ. Es ist ungenau, die Accrescenz aus der Regel nemo pro parte abzuleiten; vielmehr sind beide (diese Regel und die Accrescenz) Folgen der einheitlichen Erbberufung der nur secundären und relativen Natur der Erbtheile.[17]) — Es ist ein großer Unterschied zwischen dem Falle einer vollständigen und einer nur theilweisen letztwilligen Nachlaßvertheilung. Dort wollte der Testator die gesetzlichen Erben als solche[18]) gewiß ausschließen, hier wahrscheinlich zu dem unvergebenen Theile des Vermögens zulassen. Es ist demnach auch kein Widerspruch, wenn Jemand den Satz partes concursu fiunt billigt und de lege ferenda empfiehlt, den Satz nemo pro parte ... verwirft. Im römischen Rechte dagegen mußten jene für uns so verschiedenen Fälle gleich behandelt werden, wie aus dem folgenden Aufsatze noch deutlicher erhellen wird.

III.

Strohal (S. 98 ff.) hat gegen die herrschende Lehre ein sehr scheinbares Argument aus L. 151 D. de V. S. abgeleitet. Eine wirksame Berufung zur ganzen Erbschaft wäre nur dann vorhanden, „wenn der sofortige Erwerb der ganzen Erbschaft lediglich nur mehr vom Wollen des Berufenen abhängig" wäre; dem widerspricht aber der Satz: uni duo pro solido heredes esse non possunt (l. 141 D. de R. J.). Wäre jeder Delat zur ganzen Erbschaft berufen, so wäre eine Beschränkung concursu nur bei gleichzeitigem

17) Aehnlich, aber nicht ganz übereinstimmend, Dworžak S. 5: „Genau betrachtet ist dieser Satz (nemo pro parte etc.) nur ein anderer Ausdruck für den Gedanken der Anwachsung bei der testamentarischen Succession, und es ist nichtig, das ius adcrescendi bei derselben aus diesem Satze erst herzuleiten." Vgl. ebd. S. 13.

18) Daß unter den Instituirten Personen sein können, die auch ab intestato geerbt haben würden, widerspricht dem obigen Satze nicht.

Digitized by Google

Erwerbe Aller denkbar (S. 101), im andern Falle müßte der zuerst Antretende die ganze Erbschaft erwerben, „so zwar, daß einem anderen Delaten nichts mehr reservirt sein und somit auch nichts mehr zu erwerben übrig bleiben könnte“ (S. 102).

Dieser Tadel ist begründet, sofern er gegen die (oben unter II. 1 mitgetheilte und gerügte) Formel der herrschenden Lehre geht, nicht auch, soweit er ihren Grundgedanken (partes conc. f.) widerlegen will.

Allerdings glauben die Meisten, jene L. 151 (delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi) enthalte eine unumstößliche Wahrheit, gehöre zum juristischen Einmaleins. Dem ist aber nicht so. Zunächst kann jenem Satze über das römische Recht hinaus keine Allgemeingültigkeit zugeschrieben werden, z. B. nicht für solche moderne Rechte, welche eine betagte Erbeinsetzung anerkennen. Aber auch im römischen Rechte paßt der Satz nicht für die heredes necessarii, bei denen man doch wohl auch eine Delation annehmen muß. Auch wird der Satz von den römischen Juristen nicht mit dem Anspruch auf eine so fundamentale Bedeutung vorgetragen; er stand im Commentar des Terentius Clemens ad legem Juliam et Papiam, und sagt eben, was in diesen Gesetzen oder vielleicht gar in einer bestimmten Stelle derselben unter dem Worte „delata“ hereditas zu verstehen sei; auf sui war dabei selbstverständlich keine Rücksicht zu nehmen, da bei diesen die Capacität nicht in Frage kam. In demselben Werke stand folgende Stelle: Si servus eius, qui capere non potest, heres instituatur et antequam iussu domini adeat hereditatem, manumissus alienatusve sit et nihil in fraudem legis factum esset, ipse admittitur ad hereditatem (L. 82 D. de adquir. v. omitt. hered. 29. 2). Ist diese Erbschaft erst nach der manumissio deferirt? Gewiß nicht; sondern früher, also zu einer Zeit, wo sie weder der Herr noch der Sklave potuit adeundo consequi. Ueberhaupt hinderte die Incapacität nicht die Delation, und gleichwohl den Erwerb; zugleich aber war vorerst von einer Erledigung keine Rede, da die Capacität noch erhofft werden konnte — also eine delata hereditas, die gar Niemand sofort erwerben konnte. Damit ist bewiesen, daß Terentius Clemens selbst seinen Satz nicht so verstanden haben kann, wie er heutzutage — in Folge seiner Einreihung in den Titel de V. S. — fast allgemein verstanden wird.

Digitized by Google

Damit eine Erbschaft erworben werden könne, muß sie zuvor deferirt sein; aber das Umgekehrte, das Strohal in die L. 151 cit. hineinlegt, daß die im technischen S. deferirte Erbschaft sofort müsse erworben werden können, wenn nur der Berufene es will — ist ein gewiß nicht richtiger Satz. Die Delation ist die wichtigste, aber keineswegs die einzige Voraussetzung des Erbserwerbes. Dies zeigt sich nicht nur bei der Incapacität, sondern auch in manchen anderen Fällen.[19])

Ohne daß wir uns auf eine Revision der Begriffe „Erbberufung" oder „Delation" einzulassen brauchten[20]), dürfen wir ruhig behaupten, daß die L. 151 D. de V. S. nicht diejenige Beweiskraft hat, welche ihr Strohal beilegt. Von unserem Standpunkt aus brauchten wir uns mit einer Widerlegung jenes Einwandes nicht aufzuhalten, da er die unten folgende Formulirung nicht trifft. Es ist aber an sich von Interesse, jenen Gedanken zu prüfen, und darum wollen wir ihn noch von einer anderen Seite betrachten.

Sagen wir vorläufig so: A ist auf 3, B auf 4, C auf 5 unciae

---

19) Vgl. etwa die Casuistik über die „vera et certa scientia" des Adquirenten bei Vangerow II. §. 498, S. 334 ff. (7. Aufl.).

20) Eine solche Revision ist in neuerer Zeit wiederholt, aber nicht in befriedigender Weite versucht worden. S. darüber Arndts, Pand. §. 507 Anm. 1. Der Grundgedanke dabei ist derselbe, wie bei Strohal; nur diejenige Erbschaft sei im technischen Sinne deferirt, welche sofort adeundo erworben werden kann. Gewiß hat das Wort Berufung mehrere Bedeutungen, ebenso Delation. Abgesehen von der untechnischen Bedeutung, über welche Windscheid §. 529 Anm. 7, zu vergleichen ist, gebraucht man das Wort außer in der technischen Bedeutung (Delation an den N. N.) auch in objectivem Sinne; so, wenn man sagt: „Die Erbfähigkeit muß vorhanden sein zur Zeit des Berufungsfalles" (Windscheid §. 535 a. E.), während doch der Erbunfähige gar nicht berufen wird, oder „zur Zeit der Delation", während ihm doch nicht deferirt wird (anders beim incapax). Der technische Begriff ist dieses nicht, sondern nur eine abkürzende Redeweise; gemeint ist: die Erbunfähigkeit schadet, wenn sie in dem Zeitpunkte vorhanden ist, in welchem der fraglichen Person ohne jenes Hinderniß deferirt würde. Die Unterscheidung „D. im subjectiven" und im „objectiven Sinne" ist hinsichtlich des Sprachgebrauches richtig; das berechtigt aber nicht, von einem Institut der Delation im objectiven Sinne zu sprechen. Es handelt sich ja dabei nur um einen ungenauen Ausdruck, nicht um eine Wirklichkeit des Rechtslebens. Die Delation im objectiven Sinne gehört der Grammatik, nicht der Jurisprudenz an.

Digitized by Google

eingesetzt. B fällt aus, und A bekommt in Folge von Accrescenz $^3/_8$ statt $^3/_{12}$. Es stellt sich nachträglich heraus, daß er nicht $^3/_{12}$, sondern $^3/_8$ erworben hatte. „Aber", wendet man von jenem Standpunkte aus ein, „wie kann er das plus erworben haben, das ja damals noch dem B deferirt war?" Nehmen wir an, B sei bedingt eingesetzt gewesen und später wegen vereitelter Bedingung entfallen. Hier gibt es offenbar gar keine Schwierigkeit; pendente condicione ist dem B nicht deferirt, und deficiente c. erst recht nicht. Ebensowenig Schwierigkeiten gibt es dort, wo B früher ausfällt, als A antritt.[21]) Jene Bedenken haben aber Raum, wo ein Miteingesetzter später ausschlägt oder ohne Erbserklärung und ohne Transmissare stirbt, während die Anderen, etwa zu verschiedenen Zeiten, antreten. Es gibt hier eine Zeit der Unentschiedenheit und Ungewißheit. Sobald aber Erwerb bez. Nichterwerb Seitens der Eingesetzten feststeht, wird die ganze Entscheidung, also der Erwerb und sein Maß, auf einen einheitlichen Zeitpunkt in Gedanken bezogen. Mag auch die Accrescenz sich erst nach Monaten entscheiden, man darf den Berechtigten in gewissem Sinne wie Einen ansehen, der von vornherein z. B. $^3/_8$ und nicht $^3/_{12}$ erworben hat. Heres, quandoque adeundo hereditatem, iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. L. 54 D. de adquir. hered. 29. 2 (Florentinus); cf. l. 138 pr. D. de R. J. (Paulus), l. 193 eod. (Celsus). Nun ist allerdings von Köppen durch wiederholte gründliche Untersuchungen gezeigt worden, daß für die meisten juristischen Vorgänge aus der Zeit der hereditas iacens jener Satz nicht zutrifft, daß man keineswegs diejenigen Consequenzen aus ihm gezogen hat, die nothwendig wären, wenn jene Fiction so allgemein gegolten hätte, wie sie lautet — aber so durchaus nichtig, als heute die herrschende Lehre annimmt[22]), kann jene Regel, die in so mancher Variante und Folgerung nachklingt, nicht gewesen sein.[23]) Eine kritische Unter-

21) Von der Abgrenzung des Begriffes „Accrescenz" wird weiter unten gehandelt werden.

22) Köppen ist jetzt selbst geneigt, einige Concessionen an die Lehre von der Rückziehung zu machen; s. Dogmat. Jahrb. 11. Bd. (1871), S. 205 ff.

23) In einer (wohl auf Fitting's Anregung zurückzuführenden) gut geschriebenen Dissertation von Adalb. Oehler (Die rückwirkende Kraft des Erbschaftsantritts im gem. R., Halle 1881) werden die Spuren jener Fiction in

Digitized by Google

suchung dieser Frage würde von dem eigentlichen Gegenstande dieser Abhandlung weit abführen. Deshalb müssen wir uns darauf beschränken, eine Hypothese auszusprechen. Alle in Betracht kommenden Detailfragen lassen sich in zwei Gruppen scheiden: a) rein und primär erbrechtliche und b) secundäre Fragen gemischter Natur. Wie ein dem Sachen- oder Obligationenrechte angehöriger Vorgang in der Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und dem Erbsantritte zu beurtheilen sei, das ist eine secundär erbrechtliche Frage, das Verhältniß der Miterben ist ein primär erbrechtliches. Zur Gruppe a) gehört alles, was direct den Erbserwerb angeht: das Verhältniß zum Erblasser, zum Nachlaß in toto, zu Mit- und Nacherben; — zur Gruppe b) gehören die mannigfachen Folgen des Erbeseins hinsichtlich einzelner Rechte, im Verhältnisse zu Gläubigern und Schuldnern des Nachlasses u. s. w. (also keineswegs bloß die Vorgänge hereditate iacente). Es scheint nun (wie ja Viele annehmen) die Anwendbarkeit jenes Satzes unter den römischen Juristen vielfach bestritten

---

einer nicht durchweg überzeugenden Art hinwegzudeuten versucht, und als Resultat ausgesprochen (S. 46): „Im römischen Recht bleibt der Lehre von der Rückziehung des Erbschaftserwerbs nur ein winziger Raum, die Stipulation der Erbschaftssklaven für den zukünftigen Erben, und auch dieser nicht ohne Anfechtung. Im justin. Recht ist ihr vollends der Boden entzogen." Es bedarf keiner Versicherung, daß um eines „winzigen" Details Willen jene allgemeinen Sätze nie wären ausgesprochen worden. — Auch kann man die Entscheidung Fitting's, welche das A und Z von Oehler's Schrift ist: daß die dem Cridatar zur Zeit der Concurseröffnung deferirte Erbschaft in die Concursmasse nicht falle, auch wenn Delat sie nachträglich antritt — wenigstens de lege ferenda nicht billigen, auch wenn man von der Rückziehung des Erwerbes absieht. Römische Anschauung ist es allerdings, daß die Delation noch keine Vermögensvermehrung bewirke (l. 63 D. ad leg. Falcid. 35. 2), und es lassen sich für jene Entscheidung auch l. 6 §. 2. D. quae in fraud. cred. 42. 8 und l. 69 (67) §. 1. D. ad S. C. Trebell. 36. 1 anführen, wonach der Schuldner, in der Absicht seine Gläubiger zu schädigen, eine deferirte Erbschaft ausschlagen darf. Aber seit der großen Ausdehnung der Transmission im Justin. Recht erscheint es unnatürlich, das Recht aus der Delation nicht als Vermögensrecht aufzufassen, und vollends erscheint dem modernen Rechtsbewußtsein jedes durch romanistische Gelehrsamkeit nicht Befangenen sowohl die in den citirten Stellen enthaltene, als die von Fitting vertheidigte Entscheidung als Ungerechtigkeit gegen die Gläubiger. Vgl. österr. Conc.-Odg. §. 4: „Die Gläubigerschaft ist berechtigt, im Namen des Gemeinschuldners Erbschaften . . . anzutreten und Vermächtnisse anzunehmen."

Digitized by Google

und hinsichtlich der Verhältnisse unter b) meistens abgelehnt worden zu sein, da hier die Regel „hereditas non heredis personam sed defuncti sustinet (L. 34 D. 41. 1, auch von Florentinus in l. 116 §. 3. D. de leg. I anerkannt) maßgebend war.[24]) Dagegen für die rein erbrechtlichen Fragen unter a) scheint die Regel der l. 54 cit. die heute übliche geringschätzige Behandlung nicht zu verdienen.[25]) Mit ihr hängt zusammen die Unzulässigkeit des reinen dies a quo bei Erbeinsetzungen, während er bei Vermächtnissen immer zulässig war. Aus dem Satze semel h., s. h. kann man dies nicht erklären, aus ihm folgt höchstens die Unzulässigkeit des Endtermins und der Resolutivbedingung; und selbst diese letztere, so allgemein angenommene, Ableitung ist nicht gesichert, da ja die zuletzt genannten Nebenbestimmungen auch bei Vermächtnissen, selbst noch im classischen Rechte, unzulässig waren. In diesem Rechte ist zwischen institutio und legatum kein Unterschied, was Suspensiv- und Resolutivbedingung und Endtermin betrifft; nur hinsichtlich des dies a quo unterschieden sie sich, und dafür ist die Regel von der Rückbeziehung des Erbserwerbes die nächstliegende Erklärung.

IV.

Vollends aber kann jene Einwendung nicht gegen diese Formel erhoben werden: „Die Erbschaft ist allen Eingesetzten zusammen

---

24) Vgl. unsern Commentar II. S. 34.

25) Aehnliches scheint Puchta gelehrt zu haben. In den Vorlesungen, 4. Aufl. §. 450 (S. 324 ff.), heißt es: L. 54 cit. „hat einen wesentlichen Zusammenhang mit der Natur der erbrechtlichen Succession". S. 325: „Der wahre Sinn (jener Regel) ist: den Eintritt der Wirkung des Erwerbes des Erbrechtes zu bestimmen, nicht die Wirkung anderer Erwerbungen." Daß Puchta dabei zunächst an die Erwerbungen hereditate iacente gedacht habe, zeigt der Zusammenhang, in welchem jene Aeußerung steht; daß er dabei nur an sie gedacht habe, ist nirgends gesagt, ja durch den Wortlaut ausgeschlossen. Unzutreffend ist darum Rudorff's polemische Note: „Der Meinung des Verf. steht entgegen L. 8 D. de reb. cred. 12. 1" — ja sie ist zweifach falsch; denn 1) ist das Eigenthum der nummi keine primär erbrechtliche Frage, das ist doch nicht „Erwerb des Erbrechtes"; 2) wird in jener Stelle nicht betont, daß erst von der Erbantretung an die nummi dem Erben gehörten, sondern daß sie ihm schon damals gehörten, und nicht erst a die repudiati legati.

Digitized by Google

angeboten; sie sind gemeinschaftlich zu ihr berufen." Die Instituirten sind immer coniuncti, weil sie eine und dieselbe res, dieselbe Erbschaft zu partes pro indiviso bekommen; es ist eine communio pro indiviso, was am deutlichsten dort ist, wo im Testamente gar keine Theile angegeben sind. Wenn es heißt: „A, B, C sollen meine Erben sein", so wird doch selbst jedem Laien die Anwachsung beim Ausfalle eines der Instituirten als ganz selbstverständlich erscheinen. Erst durch die Vereinbarung oder das Erkenntniß über die familia herciscunda wird diese Gemeinschaft geendigt.[26]) Nur nebenbei mag hier die Vermuthung ausgesprochen werden, daß es in Rom eine Zeit gegeben habe, wo überhaupt nur ein Erbe testamentarisch berufen werden konnte; namque olim familiae emtor . . . heredis locum obtinebat (Gaius II. 103).[27])[28]) Um so mehr mußten die Miteingesetzten von den Römern „in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes für Eine Person angesehen werden", wie noch das österreichische Gesetzbuch mit einem juristisch verfänglichen, aber das Verhältniß populär bezeichnenden Ausdruck sagt (§. 550; vgl. §. 828 pr., vgl. ferner L. 34 pr. D. de leg. I). In diesem Sinne sind alle Miteingesetzten conjungirt, nur bedarf dies selbstverständliche und nothwendige Verhältniß keiner Bezeichnung; erst wo innerhalb

---

26) Man berufe sich dagegen nicht auf die ipso-iure-Theilung der obligatorischen Verhältnisse, die kein Ausfluß aus der Natur der Erbfolge, sondern eine lediglich positive, in das spätere Recht gar nicht passende Anordnung der zwölf Tafeln ist.

27) Daß ein Gläubiger seine Forderung stückweise gegen zwanzig Personen geltend machen, und wenn eine davon zahlungsunfähig ist, einen Theil verlieren soll, ist ungerecht (was unbegreiflicher Weise von den meisten Romanisten nicht erwogen wird!); geradezu empörend aber ist es, wo diese Spaltung nicht durch die Familien-Erbfolge, sondern durch die Willkühr des Erblassers, also des verstorbenen Schuldners, herbeigeführt wird; iniquum est, in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit. (L. 27 §. 8. D. de pecul. 15. 1.) Nach obiger Hypothese entfiel vielleicht für die Zeit der zwölf Tafeln die letztere Möglichkeit; bedenkt man noch das furchtbar strenge Schuldrecht, so erscheint der in der vorigen Note erwähnte Rechtssatz weniger auffallend.

28) Zu dieser Vermuthung spricht auch die fast stets im Singular wiederkehrende Formel „damnas esto"; sollten Mehrere onerirt werden, so hieß es nicht „damnates sunto" (vereinzelt „damnas sunto" in L. 122 §. 1. D. de leg. I), sondern mußte sich die Sprache mit einer Umschreibung behelfen (quisquis heres mihi erit, damnas esto u. dgl.). S. L. 44 pr. D. de leg. II.

Digitized by Google

dieſer Mehreren Einige zu einer engeren Gruppe verbunden ſind, gebraucht man den Namen coniuncti. Bei ihnen „wiederholt ſich nur in einem kleineren Maßſtabe das Verhältniß, welches zwiſchen den Miterben überhaupt Platz greift“.[29])

Alſo: die Mitinſtituirten ſind vom Teſtator gar nicht zu einzelnen Theilen der Erbſchaft, ſondern alle zuſammen zur ganzen Erbſchaft (nicht bloß „zur Erbſchaft als einem Ganzen“) berufen. Evident iſt dieſes dort, wo der Teſtator von Erbtheilen gar nicht ſpricht. Es iſt aber auch dort wahr, wo er es thut, indem er damit nur den Maßſtab aufſtellt, nach welchem die Eingeſetzten untereinander den Nachlaß theilen ſollen. Durch die Delation wird Jeder mit den Andern zur ganzen Erbſchaft berufen, durch den Erwerb wird Jeder ſofort Miteigenthümer der ganzen Erbſchaft, condominus hereditatis.

Will man aber ſchon durchaus wiſſen, wie beſchaffen die pars pro indiviso ſei, die ihm deferirt, bez. erworben werde, ſo läßt ſich auch darauf eine unverfängliche Antwort geben: Jeder iſt berufen auf das, bez. erwirbt das, was nicht anderweitig mit Erfolg vergeben iſt. Delation und Erwerb gehen alſo auf eine nicht ziffermäßig beſtimmte, aber beſtimmbare Portion; dieſe Beſtimmung iſt erſt dann möglich, wenn hinſichtlich jedes der Miteingeſetzten feſtſteht, ob er wirklich erbt oder nicht.[29a]) Daß die Accreſcenz

---

29) Dworžak S. 6. Vgl. Bangerow II. §. 496, Anm. 3. II (S. 323). — Fitting behauptet (in ſ. Aufſ. S. 168, N. 17): „daß die gewöhnliche Auffaſſung aller, auch der nicht beſonders mit einander verbundenen Erben als coniuncti ſelbſt in Anſehung derjenigen nicht richtig iſt, welche der Teſtator ſchlechthin ohne Zuweiſung von Theilen zu Erben eingeſetzt hat. L. 17 §. 1—4. D. de hered. instit. 28. 5 und L. 63 eod. laſſen darüber keinen Zweifel.“ Dabei unterläuft eine Verwechslung: dieſe Stellen beweiſen, daß wenn einige auf benannte Theile, andere sine parte eingeſetzt ſind, dieſe letzteren Erben nicht als eine enger verbundene Gruppe jener entgegengeſtellt werden.

29a) Es iſt alſo einerſeits unrichtig (wie die herrſchende Anſicht thut, der wir im Commentar gefolgt ſind) zu ſagen: Jeder iſt zum Ganzen berufen und erwirbt wegen der Concurrenz der Andern nur einen Theil deſſen, wozu er berufen iſt; andererſeits iſt es ebenſo unrichtig zu ſagen: A iſt zum ſovielten Theile berufen und ſpäter kommt noch etwas hinzu (vgl. Strohal S. 161 N. **); ſondern man muß ſagen: Die Berufung geht auf einen unbeſtimmten Theil. Auf dieſem Standpunkt hat der Streit: ob „accrescere“ oder „non decrescere“ kein Intereſſe. Vgl. Dworžak S. 6 f., Strohal S. 124, Note.

Digitized by Google

ipso iure geschehe, ist nur der bequemere und verständlichere Ausdruck dafür, daß sich nachträglich herausstellt, der N habe von Anfang an eine größere Portion erworben gehabt. Im Vergleiche zu den regelmäßigen Fällen, wo alle Delaten erwerben, erscheint die „Accrescenz" als ein neuer, unverhoffter Gewinn; es wäre Pedanterie gewesen, die wissenschaftliche Zurechtlegung in den Sprachgebrauch des praktischen Lebens hineinzutragen. Natürlich sagte man: „dem A ist jetzt z. B. $^1/_4$ deferirt (bez. erworben)" und ließ sich darin nicht durch jene selteneren Fälle beirren. Ebensowenig aber dürfen wir uns umgekehrt in der wissenschaftlichen Auffassung durch den Sprachgebrauch des praktischen Lebens beirren lassen. Daß es sich in Wahrheit nicht um einen neuen Erwerb, sondern nur um die Feststellung des Umfanges des alten handelt, beweist am besten die Thatsache, daß auch bei der bonorum possessio die Accrescenz mit Rechtsnothwendigkeit eintritt, während doch bekanntlich die bonorum possessio niemals ipso iure erworben wird.[30])

Sehr gut stimmt zu dieser Auffassung die Thatsache, daß die römischen Juristen — im übrigen so streng auf die „vera et certa scientia" des Antretenden haltend[30a]) — eine bestimmte Vorstellung über die Größe des Erbtheils nicht verlangt haben. „Ungewißheit über die Größe der Erbportion", sagt Bangerow II. S. 337, „macht die Erbschaftsantretung keineswegs ungültig, und dies mußte um so nothwendiger angenommen werden, da nur in den seltensten Fällen sich von vornherein fixiren läßt, wie groß dem endlichen Resultate nach die Erbportion sein wird (man denke nur z. B. an das Anwachsungsrecht). Darnach kann also der Berufene ungeachtet seiner Unbekanntschaft mit der Größe seiner Portion unbedenklich die Erbschaft antreten, l. 5 §. 1. D. si pars hered. pet. (5. 4): „Utilius est, posse eum qui nescit portionem, si caetera quae oportet eum scire non ignoret", l. 21 §. 3 h. t.[31]), und auch

30) S. Schmidt v. Ilmenau, Civil. Abhandlungen S. 64, 65, bes. N. 3.

30a) S. Bangerow an dem in Note 19 a. O.

31) So dunkel L. 21 §. 3. D. de acq. v. omitt. her. 29. 2 ist (Interpretation bei Bangerow a. a. O. S. 337 f., Z. 4), so plan ist ihr Anfang: Si quis partem, ex qua institutus est, ignoravit, Julianus scribit, nihil ei nocere, quominus pro herede gereret.

Digitized by Google

eine hereditatis petitio incertae partis ist ihm demgemäß gestattet, l. 1 §. 5. D. si pars her. pet. (5. 4).[32]) Daß diese Bestimmungen nicht im Widerspruche stehen mit dem ... aus l. 75 h. t. abgeleiteten Satze[33]) ist von selbst klar; im Falle der l. 75 cit. will der Antretende etwas Anderes, als was er in Gemäßheit der Delation wollen kann; in unserem Falle dagegen accomodirt er sich in omnem eventum der Delation." Und selbst wenn dieses ja einmal nicht seine Absicht wäre, so liegt dort, wo er nicht in einem Irrthum sich befindet, in der Annahme eines beliebigen Theiles die Annahme alles dessen, was ihm deferirt ist (L. 10 D. h. t. 29. 2).

Solange also nicht für Alle Erwerb oder Nichterwerb entschieden ist, erwirbt der Antretende eine incerta pars; erst nachträglich stellt sich heraus, wie viel er jetzt schon erworben hat. Es ist ein ähnliches, ja im Wesentlichen dasselbe Verhältniß, wie wenn man noch nicht weiß, wie viele Verwandte bei der Intestaterbfolge concurriren werden (wegen Schwangerschaft einer oder mehrerer Frauen, s. L. 1 §. 5 D. 5. 4). „Aehnlich"; denn hier weiß man nicht einmal die Zahl der Delaten; „im Wesentlichen dasselbe"; denn in beiden Fällen weiß man die Zahl der wirklich Erbenden nicht, was eben das Entscheidende ist. „Partes concursu fiunt" besagt, daß es nicht auf die Zahl der Delaten, sondern der Erbenden ankomme, daß nicht schon durch die Delation, sondern erst durch den Erwerb die Portionen festgestellt werden.

Man wende nicht ein, daß wir damit doch wieder zu der Annahme gedrängt würden: der institutus sei auf einen Theil pure, auf den eventuell accrescirenden Theil bedingt eingesetzt — womit der Satz „portio portioni accrescit" unverträglich sei. Letzteres ist wahr, ersteres nicht. Die Bedingung, dort wo ihre Erfüllung rückwirkende Kraft hat, ist eben nur ein Fall, keineswegs der ein-

---

32) ... ubicunque merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertae partis vindicationem concedi.

33) L. 75 D. 29. 2 sagt: Wer auf $^1/_2$ eingesetzt, aus Irrthum $^1/_4$ annimmt, hat nicht gültig angetreten; nihil actum est. Daraus leitet B. (und überhaupt die herrschende Lehre) mit Recht die Regel ab: „Wenn der Delat irrthümlich auf eine andere Quote die Erbschaft antritt, als auf welche er in Wahrheit eingesetzt ist, so ist seine Antretung nichtig."

Digitized by Google

zige, wo wir über einen rechtlichen Zustand erst ex post facto Sicherheit erlangen. Vielmehr ist die Annahme solcher Schwebezustände, wie man solche allgemeine Ungewißheit darüber, was jetzt ist, zu nennen pflegt, den römischen Juristen bekanntlich überhaupt sehr geläufig. Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retroducitur et apparet, quid actum est. (Marcianus in L. 15 D. de reb. dub. 34. 5.)[33a]) Auch betrifft die Ungewißheit in unseren Fällen das quantum, bei der condicio pendens das an. Aber auch andere Momente kann die Ungewißheit betreffen[34]); z. B. würde die Proculianische Ansicht sofort verständiger lauten, wenn sie nicht (wie der Sabinianer Gajus II. 200 referirt) sagen würde, nullius interim eam rem esse", sondern: „incertum interim esse, cuius ea res sit, antequam legatarius admittat vel repudiet legatum". S. ferner L. 70 §. 1. D. 7. 1; l. 57 pr. eod., l. 38 §. 1. D. de leg. I, l. 86 §. 2. eod., l. 13 §. 3. D. ad leg. Aquil. 9. 2.[35]) Eigenthümlich ist dieser Fall: Bekanntlich konnte der filius familias hinsichtlich des peculium castrense zwar ex testamento, aber nicht ab intestato beerbt werden; sind keine testamentarischen Erben da, so fällt dies Vermögen iure peculii an den Vater. Hat also der Sohn testirt, so wissen wir bei seinem Tode noch nicht, ob es sich um ein peculium oder um eine hereditas handle; es ist hereditas, wenn wenigstens Einer der Eingesetzten erwirbt, es ist peculium, wenn das testamentum desertum wird.[36]) Vgl. l. 9 und l. 14 §. 1. D. de castr. pecul. 49. 17. Dies hängt zusammen mit dem allgemeinen Satze, daß nicht selten ein post factum darüber entscheidet, ob der Erblasser testatus

---

33a) Vgl. z. B. die zahlreichen von Eisele im civil. Archiv 54. Bd., S. 125—127 gesammelten Stellen.

34) Nicht her gehört der Fall des dies certus an, incertus quando, weil hier nicht der gegenwärtige Zustand ungewiß ist.

35) Vgl. überhaupt über das „schwebende Eigenthum" Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung (1856) passim, Vangerow I. §. 301 (7. Aufl. S. 555 ff.); gegen diesen freilich vielfach Wächter, Das schwebende Eigenthum (1871), der aber doch nicht so weit geht, das Verhältniß überhaupt zu leugnen.

36) Vgl. Fitting, Das castrense peculium, §. 41, S. 295 ff., Wächter S. 22 f.

Digitized by Google

oder intestatus decessit.[37])[38]) — Vgl. noch L. 14 D. de opt. v. elect. leg. 33. 5 („relictus tunc liber ostenditur").

Man darf also nicht sagen: „ein Theil gebühre dem Delaten unbedingt, das übrige bedingt", sondern: „wir wissen noch nicht, wie groß der deferirte oder erworbene Theil ist; wir wissen nur, wie viel er wenigstens beträgt." Von dem accrescirenden Theile gilt wörtlich, was Paulus in L. 98 D. de solut. et liber. 46. 3 sagt: Et utique cuius fuerit, eventus declaret, sitque et hoc ex his, quae post factis, in praeteritum quid fuerit, declarent. Diese Worte könnten geradezu als Motto für die Lehre von der Accrescenz gelten.

Von dem Falle, wo Einer von zwei Collegataren ausschlägt, sagen die Römer (L. 17 §. 1, l. 34, 35. D. ad leg. Aquil. 9. 2) dem Anderen „retro accrevisse dominium videtur". Die Wirkung ex tunc ist auch hier anerkannt. Der Unterschied der Fälle liegt aber darin, daß hier durch Fiction die Wirkung eines späteren Ereignisses zurückgezogen wird — hatten ja doch Beide ipso iure schon erworben —; während in unserem Falle der Erwerb sich wirklich damals schon vollzogen hat, nur sein Umfang noch nicht bekannt war. Daß er vorerst über das ihm gesicherte Minimum hinaus nicht klagen und auch nicht verfügen kann, ist selbstverständlich; denn selbst ein bloß mögliches fremdes Recht muß respectirt werden (s. unsere Excurse II. 2. S. 156 f. Vgl. auch den Fall der Freilassung vor vollzogener optio servi in L. 14 D. de optione 33. 5).

Uebrigens macht Strohal selbst Concessionen an die hier vertretene Ansicht, so daß man den Gegensatz nicht für so groß erachten darf, als es nach dem Anfang seiner Darstellung scheinen

37) Vgl. Fitting im civil. Archiv 57. Bd., S. 154, vor und in Note 6.

38) Ueber Schwebezustände überhaupt s. das verdienstvolle Buch Fitting's über Rückziehung, namentlich S. 5—21; Brinz (1. Aufl.) S. 1453 ff. Doch handelt es sich oben um Verhältnisse, wo eine Thatsache wirklich vorhanden war und hinterdrein nur apparirt; verschieden davon sind Fälle, wo eine Wirkung durch Fiction retrotrahirt wird, so z. B. die repudiatio legati, auf welchen Fall sich allerdings die oben citirte L. 15 D. de reb. dub. bezieht; cf. l. 38 §. 1 D. de leg. I. Ueber die eigenthümlichen Schwebezustände während der Kriegsgefangenschaft des Römers s. die gründliche Untersuchung von E. Friedr. Hase, Das ius postliminii und die fictio leg. Corneliae (1851), S. 68 ff.

Digitized by Google

möchte. Dort aber, wo er sich uns am meisten nähert, lehnt er die Uebereinstimmung ausdrücklich ab (S. 103 Note). Er gebe zwar zu, „daß das Recht die accrescirende Portion nachträglich so behandelt wissen will, als ob sie schon von Anfang an mit der ursprünglichen pars mitdeferirt gewesen wäre; erkenne aber dabei zugleich an, daß der wirkliche Sachverhalt ein anderer war". Für Windscheid dagegen sei die anfängliche Berufung zum Ganzen „juristische Wirklichkeit". Auch für uns ist die über den genannten Theil hinausgehende Berufung, ja der schon anfänglich vollzogene Erwerb eine juristische Wirklichkeit, wenngleich wir den Umfang anders als Windscheid formuliren. Nach Strohal ist der Erbe zunächst nur zu einem bestimmten Theile, zu einer weiteren Portion aber, oder selbst zur ganzen Erbschaft unter der condicio iuris des Wegfalles der Mitdelaten berufen.[38a]) Dworzak dagegen (S. 7 N. 11) betrachtet den ex certa parte Instituirten als zum Ganzen gerufen, auf jenen Theil aber „unter der Bedingung beschränkt, daß die Mitberufenen ihre Antheile erwerben. Fällt Einer von diesen weg, so deficirt die Bedingung seiner Beschränkung".

Die von uns oben vorgeschlagene Formel dürfte der adäquatere und natürlichere Ausdruck für den Sachverhalt sein, als diese beiden.

V.

So vielfach die in diesem Aufsatze vorgetragene Ansicht über die Anwachsung sich von der Fitting's unterscheidet, in dem zuletzt besprochenen Punkte treffen doch beide zusammen: es erfolgt hier kein neuer Erwerb, sondern der Umfang des alten wird richtiggestellt. Für Fitting folgt dies aus der von ihm behaupteten „durchgreifenden Rechtsregel, daß wenn ein zur Erbschaft Berufener nicht wirklich Erbe wird, alles juristisch so zu behandeln ist, wie wenn er von vornherein nicht vorhanden gewesen wäre." Da F. für diese Regel weit über das Gebiet der Accrescenzlehre hinaus Geltung beansprucht, können wir auf die Prüfung nicht eingehen. Für die Accrescenz ist der Satz richtig, aber nur ein anderer Ausdruck, keine sachliche Begründung der fraglichen Rechtssätze. Doch wenden wir

38a) Vgl. hiemit Eisele a. a. O., S. 117, Z. 3.

Digitized by Google

uns unserer speciellen Frage zu. S. 165 sagt Fitting: „(Es) muß in der durch das Freiwerden eines Erbtheils bewirkten Vergrößerung der übrigen juristisch eine bloße Aufweisung der gleich Anfangs vorhandenen, nur noch nicht völlig bekannten Größe der letzteren erblickt werden. Wir haben es mit anderen Worten mit einem Schwebeverhältnisse zu thun."

Die Uebereinstimmung ist darum keine vollständige, weil Fitting (S. 162 ff.) über die Bedeutung der Theilangaben nicht zu voller Klarheit gelangt ist. Statt einzusehen, daß es sich von vornherein und überall nur um Größenverhältnisse, also um relative Größenangaben handle, und zwar schon nach natürlicher Beurtheilung, nach dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers, so daß das „nemo pro parte" erst in zweiter Linie in Betracht kommt — äußert sich Fitting so: „Die vom Erblasser bestimmten Erbtheile gelten zwar als das eigentliche Normalmaß, werden aber, wenn sie zur Erschöpfung des Ganzen nicht ausreichen, wegen des Satzes Nemo pro p .... doch immer nur als Verhältnißzahlen behandelt, nach denen unter den wirklich zur Erbschaft gelangenden Erben die Vertheilung des Nachlasses geschieht." Aus dieser, in den Worten „eigentlich ... aber ... doch" sich verrathenden Unklarheit erklärt sich die Aeußerung auf S. 156, die so wenig zu der hier erstangeführten paßt: Wenn Einer ausfällt, „so müssen sich, gerade so, wie wenn wirklich der Testator über den Erbtheil des Ausgefallenen gar nicht verfügt hätte, die übrigen Erbtheile verhältnißmäßig um so viel vergrößern, daß das Ganze wiederum erschöpft wird. Das ist denn aber gegenüber der Größe, welche der Testator diesen Erbtheilen zugewiesen hatte, ein wirkliches und wahres accrescere, nicht ein bloßes non decrescere."[39])

Treffend hinwieder ist Fitting's Berufung auf die instructive L. 60 (59) §§. 6. 7. D. de hered. instit. 28. 5 (Celsus)[40]) S. 165—167; wir verweisen auf unsere obigen Ausführungen über die §§. 5. 6 derselben Stelle (S. 62 ff.).

Den äußersten Gegensatz zu unserer Ansicht dagegen bildet die

---

39) Zustimmend Samter S. 81, N. 7; nur sei dies auf Vermächtnisse unanwendbar.

40) Bekanntlich ist auch die vielberufene L. 80 D. de leg. III. von Celsus.

Digitized by Google

von G. Krieg.[41]) Während wir annehmen, daß die Accrescenz nicht nur nicht auf Grund einer neuen Delation erfolge, sondern gar kein neuer Erwerb sei, behauptet Krieg, daß sie nicht nur ein neuer Erwerb sei, sondern auch auf Grund einer neuen Delation sich vollziehe (S. 14). Eine kühne, überraschende Behauptung, nach alledem, was seit Jahrhunderten über die Regel portio portioni accrescit gesagt worden ist! Richtig hat dagegen Tewes[42]) eingewendet: „... eine Neu-Delation sogar an die Erben eines Erben, denen doch ursprünglich gar nicht deferirt gewesen ist, und nun noch gar eine Neu-Delation, auf deren Grund dieselben ipso iure ... sollen erwerben können!" Es scheint ihm eine solche Annahme „unrömisch zu sein". Uns erscheint sie unmöglich[43]), vollends wenn man an die accrescenzberechtigten Erben eines vor der Entscheidung der Accrescenz verstorbenen instituirten Erben denkt. Daß die Stellen, auf welche sich Krieg zur Begründung seiner neuen Lehre beruft, sich aus processualischen Grundsätzen erklären, und das nicht beweisen, wofür sie angeführt werden, hat schon Strohal S. 103 ff. überzeugend dargethan.[44]) Damit zerfällt auch, was Windscheid (§. 603, Note 2a und §. 604, Note 6) gegen Fitting eingewendet hat. Das schwächste Argument endlich ist die Berufung Krieg's auf das Wort „adcrescere"; dieser Sprachgebrauch sei mit unserer Auffassung unvereinbar. Es ist doch fast selbstverständlich, daß der Ausdruck dem äußeren, Jedermann verständlichen Hergang, nicht der juristischen Construction angepaßt wird (vergl. das für juristisch ganz verschiedene Vorgänge gebrauchte transferre, transmittere

41) Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt (München 1876), §. 7 ff., S. 11 ff.

42) In Grünhut's Ztschft. 9. Bd., S. 140 ff.

43) Vgl. auch die treffenden Bemerkungen von Strohal S. 112 f.

44) Wessen Recht noch in pendenti ist, der soll vorerst mit der Klage warten (Strohal S. 106); und andererseits muß man gegen ihn mit der Klage warten. Hieraus erklärt sich die Behandlung der Vermächtnisse beim Vorhandensein mehrerer Erben, welche zu verschiedenen Zeiten antreten. „Daß der Vermächtnißnehmer das Vermächtniß bekommt, darüber besteht allerdings kein Zweifel mehr, sobald auch nur ein Erbe angetreten hat. ... Immerhin besteht aber noch Ungewißheit darüber, von wem der Honorirte das Vermächtniß bekommt." Crafft v. Crailsheim im civil. Archiv 47. Bd., S. 399 (überhaupt §. 13).

Digitized by Google

hereditatem). Jener Ausdruck ist schon darum nicht auffallend, weil die Fälle der Accrescenz (im engeren Sinne) doch nur selten sind im Vergleiche zu jenen, wo alle Delaten auch wirklich erwerben; nichts ist also natürlicher, als daß der Sprachgebrauch vom Standpunkte dieser Regel aus sich festgestellt hat. — Aus jenem Argumente Krieg's könnte ebensogut Jemand folgern, daß im Falle, wo der Testator den A auf $^1/_4$, den B auf $^1/_2$ eingesetzt, also nur über $^3/_4$ disponirt hat, hinsichtlich des unvergebenen $^1/_4$ eine eigene Delation stattfinde, weil dieser „quadrans pro partibus hereditariis eis adcrescit" (L. 13 §. 3 D. de hered. instit. 28. 5).[45]) Dieser bildliche Ausdruck wird eben für verschiedene rechtliche Erscheinungen verwendet, die der wissenschaftlichen Betrachtung als ganz unähnlich erscheinen; so einerseits (wie hier) für die Correctur einer testamentarischen Bemessung, so andererseits für den Erwerb des Erben, der zugleich instituirt und substituirt ist; s. z. B. L. 6 Cod. de impub. et de aliis subst. 6. 26.

So vieles in der Accrescenzlehre bestritten ist, darüber, daß eine neue Delation nicht stattfinde, sollte eine Meinungsverschiedenheit nicht mehr aufkommen. Jedenfalls ist jener Angriff gegen die herrschende Lehre nicht geeignet, sie zu erschüttern.

VI.

Blicken wir auf die bisherigen Ausführungen zurück, so sehen wir als ihr wichtigstes Ergebniß zwei Gedanken: 1. Die Accrescenz unter Mithonorirten beruht im neueren römischen und im justinianischen Recht auch auf dem Willen des Testators; doch findet dieser an dem Rechtssatze „nemo pro parte . . ." eine Schranke. 2. Gemäß jenem Willen und diesem Rechtssatze ist die Ausmessung der Theile nicht als eine absolute, sondern als eine relative zu verstehen. Nur eine Consequenz hievon ist die Lehre von der ursprünglichen Delation und Erwerbung. Historisch betrachtet haben diese Sätze

45) Krieg spricht von Fitting's „Fiction" — mit Recht. Wer dagegen diese Bezeichnung auf unsere Theorie anwenden wollte, würde Unrecht thun; denn daß von vornherein der ganze (scheinbar erst jetzt vermehrte Theil erworben war, ist nach unserer Ansicht eine Wirklichkeit, welche die strengste Prüfung des nüchternen Verstandes verträgt.

Digitized by Google

(Nr. 2) noch einen tieferen Grund, den wir an späterer Stelle darlegen wollen.

Zu 1. Aus dieser Begründung erklärt sich auch ganz von selbst, warum die Accrescenz durch eine Vulgar-Substitution ausgeschlossen wird. Die herrschende Lehre geräth hier in einen Widerspruch: einmal, weil sie dem Willen des Testators eine solche Bedeutung nicht einräumt; dann weil sie Jedem ab initio die ganze Erbschaft deferiren läßt; nun erwirbt doch der Substitut kraft einer successiven Delation — und da ist es doch ein Widerspruch, daß die primäre Delation nicht die successive, also die Accrescenz nicht den Erwerb ausschließe. Für unsere Theorie besteht auch dieser Widerspruch nicht. Jeder ist berufen auf dasjenige, was nicht anderweitig mit Erfolg vergeben ist. Der Theil aber, der vom Erblasser dem Substituten vorbehalten und von diesem erworben wurde, ist eben mit Erfolg vergeben. Aber auch die andere Formel paßt. Alle sind zusammen zur gemeinschaftlichen, ungetheilten Herrschaft über den ganzen Nachlaß berufen; also keiner zur ausschließlichen, sondern Jeder zu der durch die Mitberechtigten beschränkten Herrschaft. Innerhalb dieser Gemeinschaft nun ist der Substitut Ersatzmann des betreffenden Instituirten. Wenn z. B. A, B, C zu Erben eingesetzt sind, und dem B der S substituirt ist, so ist A berufen zu dem durch die Rechte von C und B (eventuell von C und S) beschränkten dominium hereditatis. Während die herrschende Lehre Jeden schlechtweg auf das Ganze berufen denkt, legen unsere beiden Formeln in die Delation eine Beschränkung hinein, die aber entfallen kann. Diese Beschränkung nun und die Basirung der Accrescenz auf den Willen des Erblassers erklärt in befriedigender Weise den Vorzug des Substituten.[46])

---

46) Die schwierige Frage nach dem Rangverhältniß zwischen Substituten und dem Transmissar ex professo zu erörtern, liegt für uns kein Anlaß vor. Nur andeutungsweise dies: Allerdings scheint es natürlich, daß der aus der ersten Delation berechtigte Transmissar vorgehe dem Substituten, da eine successive Delation erst nach Vereitelung der ersten eintritt. Dennoch steht es unzweifelhaft beim Testator, einerseits dem Erben den persönlichen Erwerb zur Bedingung zu machen (da er ja die Verwirklichung der Erbeinsetzung durch eine Deliberationsfrist noch mehr beschränken könnte), andererseits die Bedingung der Substitution so zu fassen: „wenn nicht A selbst mein Erbe wird, soll B auf

Digitized by Google

Ebenso läßt sich aus diesem Gesichtspunkt die bis zum Ueberdruß erörterte Streitfrage über das Verhältniß zwischen Accrescenz und successio graduum[47]) leicht und sicher entscheiden. Tritt successio graduum nur dann ein, wenn nicht mit dem Ausfallen andere Verwandte gleichzeitig zur Erbschaft berufen waren? Mit a. W. schließt die Accrescenz die successio graduum aus oder umgekehrt? Jeder Laie entscheidet zu Gunsten der succ. grad. und ist erstaunt, wie man überhaupt zweifeln könne. Viele Juristen dagegen entscheiden umgekehrt, weil die primäre Delation der successiven vorangehe. Das Resultat, zu dem diese von berühmten Juristen vertretene Ansicht führt, die bis vor nicht langer Zeit die herrschende war, ist für das neuere Recht absurd. Der Erblasser (nehmen wir beispielsweise an) hatte fünf erwachsene Kinder, von denen drei selbst schon wieder Kinder hatten. Eine Epidemie raffte den

---

diesen Theil mein Erbe sein." Es ist offenbar gleichgültig, ob der Testator bei der Institution des A oder bei der Substitution des B diesen, die Transmissare ausschließenden Willen zum Ausdrucke bringt. Der Zweifel beschränkt sich also darauf, ob schon in den Worten „wenn nicht A mein Erbe wird" der gleiche Wille zu erkennen sei. Diese quaestio voluntatis ist nur in concreto mit Sicherheit zu beantworten. Je seltener die Transmission, je näher die Beziehung der Transmissare zum Transmittenten (tr. Theodosiana!), um so wahrscheinlicher ist der Vorzug der Transmissare vor den Substituten, je allgemeiner die Transmission, desto unwahrscheinlicher. Da nun in Oesterreich die Delation auch für die Erbeserben wirkt (§. 537), so ist es ganz in der Ordnung, daß der Substitut den Transmissaren im Zweifel vorgeht (§. 809). Besondere Schwierigkeit macht die Frage im justinianischen und gemeinen Rechte, wo die Transmission einerseits principiell die Ausnahme, andererseits faktisch (statistisch) die Regel ist. S. über diese Frage Mühlenbruch, 40. Bd. S. 334 ff.; Arndts, Civil. Schstn. II. S. 169 f., Arndts, Pandekten §. 512 vor A. 3; Windscheid, §. 557 vor und in Note 7, die Alle im Zweifel dem Transmissar den Vorzug geben; noch entschiedener Strohal, der aber die Frage nur nebenbei berührt (S. 8, Note).

47) In neuerer Zeit zweimal monographisch behandelt: Rud. Leonhard, Versuch einer Entscheidung der Streitfrage über den Vorzug der succ. grad. vor dem Accrescenzrechte (Halle 1874, 38 S.). Joh. Merkel, D. L. v. d. successio graduum unter Intestaterben (Tübingen 1876, 131 S.). Ueber den „gegenwärtigen Stand der Anschauungen" s. Merkel §. 11, Leonhard S. 32 ff., wo aber Fitting irrig als Gegner aufgeführt ist. Er vertritt (Civ. Archiv 57. Bd., S. 160), ebenso wie die beiden genannten Schriftsteller, die richtige Ansicht, deren Anhänger in neuerer Zeit in rascher Zunahme begriffen sind. S. auch Dworžak S. 12, Kohler im Civ. Archiv 59. Bd., S. 110 ff.

Digitized by Google

Erblasser und zwei von diesen drei Kindern hinweg. Am ersten Tage starb ein Sohn, am zweiten der Erblasser, am dritten wieder ein Sohn. Nach unserer Ansicht sind fünf Theile zu machen, wovon zwei an die verwaisten Enkel per stirpes vertheilt werden. Nach der anderen Ansicht werden nur vier Theile gemacht und die Kinder des nach dem Erblasser gestorbenen (und nicht mehr in der potestas gestandenen, also nicht ipso iure erbenden) Sohnes gehen leer aus! Die eine Gruppe der Enkel erbt, weil der Vater einige Stunden vor dem Erblasser starb, die andere erbt nicht, weil sie jenes Unglück einige Stunden später betraf! Man darf sich nicht wundern, wenn solche Entscheidungen Mißtrauen und Mißmuth gegen die Wissenschaft erzeugen, die in harten Urtheilen der Praktiker und Laien sich Luft machen! —.

Man hat diese an sich einfache Frage durch übel angebrachte Gelehrsamkeit complicirt. Man hat historische Argumente eingemengt, die mit der Tendenz der Nov. 118 im grellsten Widerspruche stehen. Wie in jenem Zweifel Justinian entschieden hätte, und vollends was dem Willen des Erblassers gemäß wäre, darüber kann nicht ernstlich ein Zweifel sein. Und gleichwohl vertheidigt man jene himmelschreiende Unbill — einzig einer verfehlten theoretischen Formel zu Liebe! Und diese ist wohl auch Schuld daran, daß Windscheid die richtige Ansicht mit einer Schüchternheit vorbringt, welche weder zu seiner Autorität, noch zu der Beschaffenheit der Frage paßt, und die der gerechten Sache schadet. Um so auffallender ist sie, je überzeugender die von Windscheid selbst vorgebrachten Gründe sind. Er nennt jenen Streit „eine mit Sicherheit kaum zu entscheidende Frage“ (§. 573, Note 5). Daß der Fall nicht ausdrücklich im Gesetze entschieden ist, kann kaum der eigentliche Grund sein; dieser scheint vielmehr darin zu liegen, daß W. selbst nicht ganz frei ist von der die Gegner bestimmenden Vorstellung, jeder der Delaten sei zur ganzen Erbschaft berufen. „Ohne allen Zweifel“, meint er, „werden Personen, welche zusammen berufen werden, jede auf die Erbschaft, auf die Erbschaft als Ganzes, berufen, und deswegen nicht weniger auf die Erbschaft, weil sie auf die Erbschaft zu einem Theile berufen werden. Daraus folgt, daß auch der Gegenstand ihres Erwerbes die Erbschaft ist, und daß sie von der Erbschaft Soviel erhalten, als der Mitberufene ihnen nicht nimmt.“ Soweit könnten wir, da das „zu einem Theile“ elastisch ist, zu-

Digitized by Google

stimmen; aber in §. 603 schimmert durch die Worte, „daß durch die Berufung Mehrerer zu einem und demselben Ganzen eben Jeder zum Ganzen berufen wird", schon deutlicher der verschleierte Gedanke, daß Jeder nicht bloß „auf die Erbschaft als Ganzes", sondern auf die ganze Erbschaft berufen sei; und doch folgt dieses nicht aus jenem; daß die Theile ideelle Theile sind, würde an sich noch nicht hindern, daß sie absolut gemeint seien (wie z. B. das österreich. Recht zeigt). Hat man aber jene Vorstellung, dann muß man freilich fragen: wie soll bei solcher primären Berufung Raum sein für eine successive Delation? Für unsere Auffassung existirt diese Schwierigkeit nicht. „Jeder ist berufen auf dasjenige, was nicht anderweitig mit Erfolg vergeben ist." Der obige Stirps-Antheil ist aber mit Erfolg vergeben, daher kein Gegenstand der sog. Accrescenz.

Eine veraltete Theorie erklärte die divisio per stirpes aus dem Repräsentationsrechte: die Enkel üben das Recht ihres Parens aus. Dieses ist falsch. Wenn der Parens erbunfähig ist, erben seine Kinder, also kraft eigenen Rechtes. Diese richtige Einsicht hat aber in unserer Frage irre geführt. Das Recht des Sohnes (argumentirt man) geht auf die Enkel nicht über; wäre es der Fall, dann freilich müßte successio graduum eintreten. Man muß aber vielmehr so fragen: Warum sollen Enkel nicht neben Kindern erben? Antwort: Weil sonst zwei Portionen in eine stirps kämen, und weil die Bereicherung des vermittelnden Parens factisch auch den Enkeln zu Gute kommt. Darum ist es recht und billig, daß die Kinder jenes dritten Kindes (in unserem Beispiele), welches selbst erbt, nichts bekommen. Aber auch nur soweit, als jener Grund zutrifft, ist der Ausschluß der Enkel gerechtfertigt; also offenbar nicht in dem Falle, wo der vermittelnde Parens nach dem Erblasser starb, ohne geerbt zu haben.

Sobald man also die falsche Vorstellung aufgibt, daß jeder Delat zur ganzen Erbschaft berufen sei, folglich diese erste Berufung jede successive ausschließe, schwindet jede Schwierigkeit, die der einzig natürlichen, billigen, dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entsprechenden Entscheidung entgegen zu stehen schien. Daß die successio graduum bei der gesetzlichen Erbfolge ein Analogon bilde zu der Vulgar-Substitution bei der testamentarischen Erbfolge, dar-

Digitized by Google

auf hat schon Windscheid a. a. O. mit Recht hingewiesen. Ist nun der Vorzug der Substitution vor der Accrescenz unzweifelhaft, so sollte auch der Vorzug der succ. graduum vor der Accrescenz nicht bezweifelt werden. Hier wie dort gibt unsere Formel über den Umfang der Delation ein befriedigendes Resultat; und wie wir uns dort auf den wahrscheinlichen Willen des Testators berufen, so hier auf den des Legislators.

VII.

Zu 2. Die Theilangaben stellen keine absoluten Größen, sondern Proportionen dar; die Erben theilen eben „pro portione“ (pro portionibus). Diese an sich natürliche Auslegung wird durch die Quellen direct bestätigt.

L. 24 D. de vulg. et pupill. subst. 28. 6: Si plures sint instituti ex diversis partibus et omnes invicem substituti, plerumque credendum, et ex iisdem partibus substitutos, ex quibus instituti sint... Da hier der Ausfall eines Instituirten, also die Erledigung eines Erbtheiles vorausgesetzt wird, wodurch die absoluten Theilgrößen verändert werden, und gleichwohl gesagt ist „ex iisdem partibus ..., ex quibus instituti sint“, so beweist dieses, daß die partes Verhältnißzahlen sind. Zu allem Ueberfluß wird dieses von Ulpian gleich darauf durch ein Beispiel illustrirt. A ist eingesetzt auf $^1/_{12}$, B auf $^8/_{12}$, C auf $^1/_4$ ($^3/_{12}$). C entfällt; „in novem partes dividatur quadrans, feratque octo partes qui ex besse institutus fuerat, unam partem, qui ex uncia scriptus est ...“ Es werden also ausdrücklich $^8/_{12}$ und $^8/_9$ „eaedem partes“ genannt, womit unsere Behauptung erwiesen ist.

Einen weiteren Beleg gibt L. 41 §. 1 D. eod., wo Papinian denselben Gedanken so ausdrückt: Ex verbis ‘eosque invicem substituo’ non adeuntis portio scriptis heredibus pro modo sibi vel alii quaesitae portionis defertur.

In §. 2 J. de vulg. subst. 2. 15 heißt es wieder: eas videtur partes in substitutione dedisse, quas in institutione expressit.

Ebenso heißt es bei der Pupillar-Substitution, wenn alle Testamentserben des Vaters auch zu des Kindes Erben eingesetzt sind:

Digitized by Google

Partes quoque eaedem ad substitutos pertinent, quas in ipsius patrisfamilias habuerunt hereditate. L. 8 i. f. D. h. t. 28. 6. Wenn aber einige von ihnen bereits verstorben sind, so erhalten nur die Ueberlebenden den Nachlaß des Kindes „pro rata partium, ex quibus instituti sint“ (L. 10 pr. D. eod.) oder, wie die Institutionen sagen, „pro qua parte heredes facti sunt“ (§. 7 J. h. t. 2. 16). Es werden also immer wieder verschiedene Bruchtheile als dieselben partes bezeichnet, was nur begreiflich ist, wenn man sich die partes als Proportionalzahlen denkt.

Diese Behauptungen erhalten eine weitere Bestätigung durch die Vergleichung mit der Accrescenz unter Intestaterben, wo wir statt vom Willen des Testators von dem des Legislators sprechen müssen. Die Accrescenz erscheint hier so selbstverständlich, daß sie kaum einer Erklärung bedarf.[47a]) Selbst die näheren Bestimmungen derselben (z. B. Vorzug der Genossen derselben stirps) verstehen sich so von selbst, daß ein verständiger Mensch, auch wenn er nie etwas vom Jus gehört hat, niemals einen Zweifel haben kann; er wird richtig entscheiden, ohne sich irgend welcher Regel bewußt zu werden — außer derjenigen (die müßte man ihm natürlich sagen), nach welcher überhaupt die Theile auszumessen sind.

Es ist unbegreiflich, wie manche Juristen weit hergeholte Erklärungen heranziehen, wo die einzig richtige sich von selbst aufdrängt. Die Accrescenz ist eben gar kein neuer Erwerb — das zeigt sich hier handgreiflich. Wenn man fragt, warum denn z. B. A zu „seinem $^1/_6$“ hinterher noch $^1/_5$ von $^1/_6$ bekomme, so fragen wir entgegen: Wer hat ihn denn gerade zu $^1/_6$ berufen? Wo ist denn in irgend einem Lande der Welt ein Gesetz, das den Intestaterben regelmäßig absolut bestimmte Theile zuweisen würde?! Die relative Natur ist hier die große Regel, ja es sind eigentlich gar keine Theilangaben, sondern nur Theilungsregeln aufgestellt.[47b])

47a) Dworžak (S. 4, Note 6) erklärt richtig das Stillschweigen der älteren Literatur über den Grund der Accrescenz bei der Intestaterbfolge daraus, „daß man eine Begründung der Accrescenz hier gar nicht für nöthig hielt“, fügt aber hinzu, „freilich in etwas oberflächlicher Weise“; aber die Fragen, welche Dw. gegen die Selbstverständlichkeit anführt, hat erst die Gelehrsamkeit verschuldet; für den unbefangenen common sense bestehen sie nicht.

47b) Dies auch gegen Strohal S. 161, N. **.

Digitized by Google

Man ist also gar nicht berechtigt, von „seinem Sechstel“ zu sprechen. Der Ausgangspunkt ist unwahr; das angeblich zu Erklärende ist gar nicht vorhanden.

So verordnet z. B. die Nov. 118 in cap. 1 hinsichtlich der Enkel: tantam ex hereditate defuncti partem capiant, quotquot sint, quantam parens ipsorum, si superstes esset, accepisset. So sagt cap. 2 von dem Falle, wo Ascendenten und vollbürtige Geschwister des Erblassers concurriren, ... hereditate inter eos pro numero personarum dividenda, ut quilibet ascendentium et fratrum aequalem partem habeat. — Vgl. etwa im österr. Gb. §. 732: Den Kindern ... „fällt die ganze Erbschaft zu, ... (sie) theilen ... in gleiche Theile ....“ §. 733, besonders die Worte: „so wird auf die nämliche Art ... getheilt ....; so wird die Theilung verhältnißmäßig nach der eben gegebenen Vorschrift vorgenommen“ ꝛc.

Also durchweg unbestimmte algebraische Größen. Wie kann man da überhaupt noch fragen, warum Accrescenz eintrete? Die Erbschaft ist eben unter diese Personen so zu vertheilen, daß z. B. jede einen gleichen Theil bekomme („habeat“). Ist denn darin das „partes concursu fiunt“ nicht schon enthalten? „Ja“, wendet man ein, „es bedarf doch der Erklärung, warum sich die Theile nach der Delation noch ändern, oder nachdem Einige schon erworben haben.“ Das ist eben das πρῶτον ψεῦδος; gar nichts ändert sich; selbst dem Laien muß hier unsere oben begründete Formel klar sein: Berufung und Erwerb gehen nicht auf ziffermäßig bestimmte, sondern erst durch den schließlichen Erfolg zu bestimmende Portionen. „Jeder ist berufen auf das, bez. erwirbt das, was nicht anderweitig mit Erfolg vergeben ist.“ Hinterdrein ändert sich nichts, sondern es stellt sich nur heraus, wie viel von Anfang an erworben war. Und deshalb bestimmt sich die Art der Theilung (ob per lineas, capita, stirpes) darnach, welche Personen berufen, nicht darnach, welche Erben geworden sind[48]); sie bestimmt sich ex tunc, nicht ex nunc, weil nicht erst jetzt getheilt wird. Es ist kein Widerspruch, sondern Consequenz, daß das Theilungsverhältniß, die Theilungsformel ex tunc, die quantitative Ermittelung ex nunc zu beurtheilen ist. Durch die Delation stellen sich die algebrai-

48) Arndts, Pandekten §. 479 (vor A. 3), Vangerow §. 421.

Digitized by Google

schen, durch den vollendeten Erwerb Aller (concursu) die arithmetischen Größen fest.[48a])

Allerdings gibt es Ausnahmen, nämlich absolut bestimmte Quoten. Wenn irgendwo, gilt hier das Schulwort, daß die Ausnahme die Regel bestätigt und verdeutlicht. So z. B. bekommt im österr. Recht der überlebende Gatte, wenn keine Descendenten, wohl aber andere erbberechtigte Verwandte des Erblassers da sind, immer ein Viertheil des Nachlasses, nie mehr, nie weniger — mögen nun die Concurrenten sehr nahe oder sehr entfernte Verwandte sein (§. 758). Aber hier kann eben deshalb auch von keinem Anwachsungsrecht die Rede sein; ebensowenig, als wenn es in einem Testamente hieße „N soll 1/4, aber jedenfalls auch nur 1/4 des Nachlasses bekommen." Dieses „jedenfalls nur" legt das österr. Gesetzbuch in jede testamentarische Angabe von certae partes hinein (§. 562 pr.) und verfehlt damit meistens den Willen des Erblassers. Die Auffassung der Theilangaben als relativer, proportionaler Größen ist keine gelehrte Grübelei, sondern entspricht allein den Absichten der Testatoren.

Und nun noch Eines! Das Testament als lex privata ist in gewissem Sinne ein Nachbild der lex publica. Wie das Gesetz alle Erben coniunctim beruft, so auch der Testator[49]); und wie dort, so kommen auch hier engere Gruppen vor[50]), und die stirpes sind ein Seitenstück zu den re et verbis coniuncti. Ja zuweilen wird eine Conjunction in die testamentarische Anordnung hinein-

---

48a) Das Gesetz stellt nur die Theilungsregel, erst zusammen mit dem Thatbestande bei der Delation ein concretes Theilungsverhältniß fest; die absolute Theilgröße ergibt erst der concursus. Auch bei der testamentarischen Erbfolge können in den drei Zeitpunkten der Errichtung, Delation, Acquisition die persönlichen Verhältnisse verschieden sich darstellen, da (um das wichtigste zu erwähnen) zwischen Errichtung und Delation Instituirte weggestorben sein können. Die Parallele ist nur darum keine genaue, weil im Testamente schon bei Lebzeiten des Erblassers bestimmte Personen in Aussicht genommen sind, im Gesetze nicht.

49) Vgl. hiezu Duarenus gleich im Eingange zu seiner oben (N. 4) citirten Abhandlung.

50) Besonders entwickelt ist die Einschachtelung von Gruppen im österr. Recht, einerseits wegen des durchgehenden Repräsentationsrechtes, andererseits wegen der aufwärts sich vervielfältigenden Theilung nach Vater- und Mutterantheilen (divisio per lineas).

Digitized by Google

interpretirt, weil die fraglichen Personen bei der Intestat-Erbfolge auch eine engere Gruppe bilden würden. S. z. B. österr. Gesetzbuch §. 559: „Treffen unter den eingesetzten Erben solche Personen zusammen, wovon einige bei der gesetzlichen Erbfolge gegen die übrigen als Eine Person angesehen werden müssen (z. B. die Bruderskinder gegen den Bruder des Erblassers), so werden sie auch bei der Theilung aus dem Testamente nur als Eine Person betrachtet.“[51]) Vgl. hiermit L. 11 Cod. de impub. et de aliis substit. 6. 26.

Demnach ist der Schluß von der gesetzlichen auf die testamentarische Erbfolge ein sehr unterstützendes Argument für eine Auffassung, die wir freilich auch ohnehin für erwiesen halten. Das eine Mal ist es das Gesetz, das andere Mal der Erblasser, welche angeben, wie der Nachlaß unter die Erben vertheilt werden solle. Die Accrescenz ist nur der juristische Ausdruck für den höchst einfachen Gedanken, daß der Nachlaß ganz vertheilt werden müsse, daß die Auftheilung eine vollständige sein solle. Bei der testamentarischen Erbfolge ist es an sich gedenkbar (und nach österreichischem Rechte auch juristisch zulässig), daß der Erblasser nur eine theilweise Vertheilung vornehme, den Rest den gesetzlichen Erben überlassend; bei der Intestaterbfolge aber ist gar kein Zweifel darüber möglich, daß der ganze Nachlaß zu vertheilen sei. Und ebensowenig ist ein Zweifel darüber bei einer testamentarischen Erbfolge möglich, wenn der Erblasser nicht (ausdrücklich oder stillschweigend) einen Theil den Testamentserben entzogen hat. Die Accrescenz ist das Selbstverständlichste von der Welt, und alle Schwierigkeiten, welche die Juristen sich selbst geschaffen haben, verschwinden mit der so leichten Erkenntniß, daß es sich sowohl bei den gesetzlichen als bei den letztwilligen Anordnungen über die Erbvertheilung nicht um constante, absolute Größen, sondern um Theilungsmodi handelt.

VIII.

Zum Schlusse erübrigen noch einige Bemerkungen über die Abgrenzung des Begriffes „Accrescenz“ und über die Stellung

51) Die Erklärung dieses, nur für die oberflächliche Betrachtung planen, Satzes findet sich in unserm Commentar II. S. 76 ff.

Digitized by Google

dieſer Lehre im Syſtem des Erbrechtes. Der Sprachgebrauch der Quellen iſt einer weiten Faſſung günſtig; doch iſt dies nicht zu urgiren, da das Wort „accrescere“ auch in entſchieden untechniſchem Sinne gebraucht iſt; ſo z. B. bei ſubſtituirten Miterben: L. 6 Cod. de impub. et de aliis subst. 6. 26.

A. Als Normal-Fall (auf den Manche den Begriff beſchränken) wird gewöhnlich der betrachtet, wo der Accreſcenzberechtigte vor der Erledigung des Erbtheiles ſchon erworben hatte. Es fragt ſich nun, ob man auch von „Accreſcenz“ ſprechen ſolle in dem Falle, wo ein bloß deferirter Erbtheil „eine Erweiterung erfährt“ (womit wir uns natürlich nur dem herrſchenden Sprachgebrauche anbequemen). Dieſe Frage muß bejaht werden, weil das Gemeinſchaftliche der beiden Fälle das Unterſcheidende überwiegt. Gemeinſchaftlich iſt, daß durch ein nachträgliches Ereigniß ſich herausſtellt: der deferirte (und in jenem Falle auch ſchon erworbene) Theil ſei größer geweſen, als es den Anſchein hatte. Die hiſtoriſche Erklärung für das alte Recht, und ebenſo für das neuere die Rückführung auf den Willen (des Erblaſſers, bez. Geſetzgebers), die relative Natur der Theilbeſtimmungen bleiben hier wie dort gleich. Ja ſogar das „deficientium partes etiam invito adcrescunt“ (l. 53 D. de adquir. v. omitt. her. 29. 2) kehrt hier in der Modification wieder, daß der Berufene nicht den (ſog.) urſprünglichen Theil annehmen und den accreſcirenden ablehnen kann, was nach unſerer Anſicht über das ganze Verhältniß nur eine Anwendung des Rechtsſatzes iſt: „scindendo adire“ ſei nicht geſtattet (L. 1, 2, 10 D. h. t.).

Selbſt in dem Falle, wo ein Anwärter vor dem Erblaſſer geſtorben iſt und damit die (teſtamentariſchen oder geſetzlichen) Theile der Uebrigen ſich erweitern, liegt es ganz ähnlich, was namentlich beim Teſtamente klar iſt. A, B, C ſind auf je $^1/_3$ eingeſetzt, und C fällt weg. Es erfolgt die ſog. Erweiterung auf $^1/_2$ aus den obigen Gründen, und das „invito adcrescere“ äußert ſich ſo, wie im vorigen Falle. Man ſpricht hier nicht von Accreſcenz; es iſt aber doch von wiſſenſchaftlichem Intereſſe, ſich die Zuſammengehörigkeit dieſer Fälle klar zu machen[52]), die ſich auch praktiſch darin bewährt,

52) Die drei Fälle verhalten ſich zu einander ſo: es wird der erworbene, der deferirte, der erſt zu deferirende Erbtheil „erweitert“.

Digitized by Google

daß die näheren Bestimmungen über die Vertheilung (Vorzug wegen Conjunction, stirps u. s. w.) auch hier wiederkehren. Die Uebereinstimmung dieses Falles mit dem, wo der Testator aus Versehen das Ganze nicht erschöpfende Theilangaben gemacht hat, liegt auf der Hand. Und gerade darin zeigt sich die proportionale Bedeutung der Erbtheile. Die ganze Lehre von der Accrescenz erklärt sich aus diesem über sie hinaus geltenden Gedanken. Denn in Folge dieser Bedeutung der Theilangaben können sich auch die Theile „verkleinern", also das Widerspiel zur Accrescenz.[53]) So, wenn der Testator aus Irrthum die Theile so angegeben hat, daß sie ein Ganzes übersteigen; wenn der deferirte oder erworbene Erbtheil sich nachträglich — durch unvermuthete Geburt eines postumus — kleiner herausstellt, als der Erbe Anfangs glaubte. Dieses wahre Verhältniß wird durch die willkürliche Bestimmung der L. 3 D. si pars her. pet. 5. 4 nur verdunkelt; auch wurde diese Annahme nicht von allen römischen Juristen gebilligt.[54]) Wahr bleibt doch: man weiß nicht, wie viel deferirt, bez. erworben ist; ex post facto wird dieses entschieden; und, wenn Zwillinge kommen, wird der Theil kleiner, als man allgemein erwartete. Und die theoretische Möglichkeit des „decrescere" (als Gegenstück zum „accrescere") wird trotz l. 3 cit. nicht nur nicht geleugnet, sondern ausdrücklich hervorgehoben: L. 4 eod.

Also: die sog. Erweiterung des erworbenen, des bloß deferirten, des erst noch zu deferirenden Theiles ex post facto gehören allerdings wissenschaftlich zusammen, und neben die Berichtigung einer irrigen testamentarischen Theilangabe. Hier ist aber auch die Grenze. Denn wenn die Theilangabe absichtlich auf einen Theil des Nachlasses eingeschränkt ist (so z. B. offenbar, wenn der Testator überhaupt nur einen Erben und diesen auf einen Theil eingesetzt hat), so ist dieser Fall von dem früher erwähnten wesentlich verschieden. Es ist, wie schon gesagt, kein Widerspruch, wenn Jemand de lege ferenda hier den Rest den gesetzlichen Erben zusprechen und dennoch

53) Nicht als Widerspiele, sondern als analoge Erscheinungen vergleicht Strohal den Fall, wo die testamentarischen Theile das Ganze übersteigen, mit der Accrescenz unter Legataren und conjungirten Miterben, weil hier idem aliquid Jedem ganz zugewendet sei. S. 115—122.

54) Vgl. Krieg S. 35 ff.

Digitized by Google

auch bei sog. certae partes Anwachsung will eintreten lassen — eine Wahrheit, die z. B. von den österreichischen Redactoren nicht erkannt wurde; vgl. §§. 560—562 mit §§. 554—559; sie glaubten, §. 562 sei eine Consequenz von §. 556 pr., was nicht der Fall ist.

Es liegt also nicht in der allgemeinen Natur der Sache, sondern in historischen Besonderheiten des römischen Rechtes, daß auch dieser fünfte Fall mit den vier früher genannten gleich behandelt wird, daß den auf einen Theil des Nachlasses vom Testator absichtlich beschränkten Erben der unvergebene Rest „accrescirt" (s. z. B. L. 13 §. 3 D. de hered. instit. 28. 5). Diese Entscheidung hat nach altrömischer Anschauung denselben Grund, wie die Accrescenz: Die Unmöglichkeit einer nur theilweisen Repräsentation und folgeweise die Unzulässigkeit einer Theilberufung. Darin aber liegt hinwieder ein Unterschied, daß die gleiche Behandlung einmal mit dem Willen des Erblassers harmonirt, das andere Mal ihm widerspricht.

Manche Juristen grenzen die „Accrescenz" viel enger ab. „Jedes Accrescenzrecht setzt voraus", sagt Schmidt von Ilmenau[55]), daß „der vacante Theil zur schon erworbenen Masse hinzuwachse, ... nicht aber bloß eine neue Gelegenheit zum Erwerbe abgebe, denn in diesem letzteren Falle würde es sich von der ganz gewöhnlichen Delation durch nichts unterscheiden". Andere bezeichnen diesen Fall wenigstens als den normalen, regelmäßigen. Andere wieder halten es für gleichgültig, ob die zu erweiternde Portion schon erworben, oder aber erst deferirt war, schließen aber den Fall aus, wo der Mitberufene vor dem Tode des Erblassers wegfällt. Noch Andere stimmen mit uns darin überein, stellen also bei der testamentarischen (nicht bei der gesetzlichen) Berufung auch den zuletzt genannten Fall hierher. So namentlich Dworžak S. 22—25, auf dessen treffende Bemerkungen wir zur Ergänzung des hier Gesagten verweisen; vergl. auch Mühlenbruch, 43. Band S. 243 ff. und Windscheid III. §. 603 Note 6. — Für eine noch weitere Ausdehnung spricht Fitting im civ. Archiv 57. Bd., S. 153 bis 157, während Samter ebd. S. 81 f. mit uns übereinstimmt.

B. Bisher sprachen wir von der zu erweiternden Portion, jetzt

55) Civilistische Abhandlungen (1841) S. 68 f.

Digitized by Google

wenden wir uns der erledigten zu. Es ist allgemein als Regel anerkannt, daß ein Erbtheil, der bereits erworben wurde, nicht Gegenstand der sog. Accrescenz sein könne. Auf unserem Standpunkte ist dieses vollends selbstverständlich. Nun kennt aber das römische Recht Fälle, wo ein Erbserwerb ausnahmsweise rückgängig gemacht wird: das beneficium abstinendi der heredes necessarii und die in integrum restitutio der heredes voluntarii. Daß hier nicht ohne weiteres die gewöhnlichen Accrescenzregeln anzuwenden seien, wird man von vornherein erwarten, da ja bereits concursu partes factae sunt. Und in der That findet hier ein unabweislicher Erwerb nicht statt. Ob nun das Verhältniß in jenen zwei Fällen gleich, bez. wie es in dem einen und in dem andern Falle behandelt werde, ist bestritten. Es ist aber dieses für unser Thema nicht wesentlich, weshalb wir darüber einerseits auf Schmidt (s. N. 55) S. 63—90, andererseits auf Puchta, Kleine civ. Schftn. S. 548 ff., 556 ff., Vangerow II. §. 494 Z. 7 (S. 316 f.), Brinz (1. Aufl.) S. 827 verweisen. Immerhin muß man auch hier von einer (modificirten) Accrescenz sprechen.

Es können sohin alle erdenklichen Combinationen wirklich vorkommen: der zu erweiternde und der erledigte Theil waren beide erworben oder deferirt oder noch nicht einmal dies; ferner: die eine Portion war schon erworben, die andere erst deferirt; oder: jene deferirt, diese noch nicht; oder auch: jene schon erworben, diese (die vacante) noch nicht einmal deferirt. Dieses kann eintreten bei bedingter Einsetzung, oder bei der gesetzlichen Erbfolge, wenn, während postumi erwartet werden, eine Todtgeburt erfolgt, bez. (s. L. 3 D. si pars her. pet. 5. 4) weniger als drei Kinder geboren werden.

IX.

In früherer Zeit stellten Manche die Lehre von der Anwachsung wegen ihres Zusammenhanges mit dem Satze „nemo pro parte“ neben die Lehre von der testamentarischen Theilbestimmung[56]), und so ist sie auch im österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuche eingeordnet

56) Z. B. Höpfner, Institutionen §. 492 f.; vgl. Mayer, Das Anwachsungsrecht unter Miterben (1829), S. 17 ff., bes. S. 31.

Digitized by Google

(§. 560 ff.); während Andere sie in der Lehre vom Erwerbe unterbrachten[57]), welche Stellung die heute übliche ist.[58]) Windscheid bemerkt treffend (§. 603 Note 6): „Deswegen" (weil es nicht wesentlich ist, daß die zu erweiternde Portion schon erworben sei) „gehört die Lehre von der Anwachsung eigentlich nicht an diesen Punkt des Systems. Ihr eigentlicher Platz wäre in der allgemeinen Lehre von der Berufung; daselbst wäre unter Anderem auch von der Mitberufung zu handeln." Doch sei dies aus didaktischen Gründen nicht zu empfehlen. Meines Erachtens soll man in Lehrbüchern gleich in den grundlegenden §§. vom Wesen der Erbfolge und der Delation sowohl der Accrescenz als des Satzes nemo pro parte erwähnen, dann in der Lehre von der testamentarischen Theilangabe[59]) und bei den Theilungsregeln der gesetzlichen Erbfolge von der Anwachsung sprechen, und beim Erwerbe nur kurz nochmals daran erinnern. Denn der Kern der ganzen Lehre ist die aus dem Wesen der Erbfolge und der einheitlichen Delation resultirende Natur der Theilangaben; eine Folge davon ist der Umfang der an den Einzelnen geschehenen Delation, erst eine entferntere Folge der Umfang des Erbserwerbes.

Da aber bei Gesetzbüchern praktische Gesichtspunkte über die rein theoretischen überwiegen; da die Accrescenz bei der gesetzlichen

---

57) Dabelow, System II. Bd. (1794), §. 2079 ff., Mackeldey §. 697 ff., Hunger, Das römische Erbrecht (1834), S. 497 ff. — Madihn, Principia iur. rom. de successionibus (§. 792), behandelt die Accrescenz am Ende des allgemeinen Theiles (Theoria generalis) und an verschiedenen Stellen des besonderen Theiles. — Für Diejenigen, welche der Reihe der Digestentitel folgen, entsprang eine Schwierigkeit daraus, daß es zwar im Codex (VI, 10), nicht aber in den Digesten einen eigenen Titel für diese Materie gibt (jener besteht freilich aus einer einzigen kurzen lex). Hellfeld, Jurisprudentia forensis (1806), entschied sich §. 1498 f. (S. 692 ff.) für den Titel 29. 2 de adquir. v. omitt. hered.

58) S. z. B. Heise, Puchta, Arndts, Unger, Windscheid. Dagegen stellt Bangerow diese Lehre unter die Aufhebung der Delation; ihm folgt Baron.

59) Im Commentar II. S. 84 waren wir noch anderer Ansicht. Mit Unrecht ist dort von „äußerlicher Aehnlichkeit" zwischen beiden Fragen die Rede. An sich müßte man den Fall der absichtlich unerschöpfenden Theilangabe ausschließen (s. oben S. 69 und S. 95 f.); für das römische Recht aber ist auch diese Scheidung unnöthig.

Digitized by Google

Erbfolge einer positiven Regelung nicht bedarf, und da endlich bei der testamentarischen die Vertheilungsregeln die gleichen sind, wie bei nicht erschöpfender Theilangabe, so läßt sich die Stellung, welche im österreichischen Gesetzbuche dieser Materie angewiesen ist („Zutheilung der Erbschaft": §. 554 ff.; „Recht des Zuwachses": §. 560 ff.) immerhin rechtfertigen.[60])

60) Anders noch im Commentar II. S. 84.

Digitized by Google

Digitized by Google

IV.

Favor testamenti.

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Daß manche Bestimmungen des römischen Erbrechtes aus einem „favor testamenti“ erklärt werden, weiß Jeder; aber eine klare und richtige Vorstellung über denselben ist weniger allgemein; denn die Constatirung der Thatsache, daß das römische Recht die Gültigkeit der Testamente begünstige, ist eben nur eine Umschreibung jenes Schlagwortes.

Dieses selbst nun — in alten Zeiten allerdings viel öfter als heute gebraucht — ist nicht quellenmäßig; wenigstens ist mir keine Stelle, worin es vorkäme, erinnerlich. Der Ausdruck „favor“ im Sinne der Schule ist allerdings gut römisch; am öftesten kommt er mit dem Zusatz „libertatis“ vor. So bei Gaius IV. 14, in den sententiae des Paulus II. 23 §. 2 und II. 24 §. 2; in L. 12 §. 9 D. de captivis 49. 15 spricht Tryphoninus von dem „institutus a maioribus libertatis favor“; cf. L. 17 §. 2 D. de manum. test. 40. 4, L. 29 i. f. eod. L. 10 (9), 14 Cod. de fideicomm. hered. 7. 4 L. 5 Cod. de necess. et serv. hered. 6. 27. u. s. w.

Ebenso oft sprechen wir Modernen von einem „favor dotis“; und doch, so oft und handgreiflich die Sache in den Quellen bezeugt ist, das Wort findet man dort nicht. Nur „favor nuptiarum“ findet sich in L. 45 D. solut. matr. 24. 3, wo es sich direct nicht um die Ehe, sondern um die Dos handelt. Für die Sache selbst aber spricht — von den immer wiederkehrenden Anwendungen abgesehen — allgemein und principiell L. 1 D. solut. matr. 24. 3 (Pomponius): Dotis causa semper et ubique praecipua est, nam et publice interest, dotes mulieribus conservari. L. 2 D. de iure dot. 23. 3: Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt (Paulus), eine Stelle, welche zugleich erklärt, warum für favor dotis gesagt werden konnte favor nuptiarum. Es muß wohl als ein Zufall bezeichnet werden, daß

Digitized by Google

sich der erstere Ausdruck in den uns erhaltenen Literatur-Ueberresten nicht findet.

In L. 5 D. testamenta quemadm. aper. 29. 3 sagt Paulus: publice enim expedit, suprema hominum iudicia exitum habere, und der Titel si quis omissa c. test. (29. 4) beginnt mit den Worten des Ulpian: Praetor voluntates defunctorum tuetur ... Die Aehnlichkeit zwischen diesen Aussprüchen und den obigen über die dos fällt jedem Leser sogleich auf. Deshalb darf man sagen, es sei der Ausdruck „favor testamenti“ wenn auch nicht quellenmäßig, so doch dem Geiste des römischen Rechtes und der römischen Sprache gemäß gebildet.

In besonderer Anwendung darf man auch von einem favor institutionis reden, wofür L. 19 D. de lib. et post. 28. 2 (abermals von Paulus, unter Berufung auf Scävola) ... aliam causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adiuvandas. Das Gegenstück zum favor institutionis ist die hier bezeugte invidia exheredationis. Andererseits kann man einen noch allgemeineren Begriff, als den zuerst genannten, aufstellen, und von einem favor der Beerbung überhaupt sprechen, wofür Ulpian: defunctorum interest, ut habeant successores (L. 6 D. de interrogat. in iure 11. 1). Aus diesem erklärt sich die altrömische Gestaltung der usucapio pro herede.

Wollte Jemand über den Grund und die Folgen des favor testamenti, nebst den unzähligen darüber ausgesprochenen Meinungen sich verbreiten — er würde ein Buch zu Stande bringen; denn er könnte da alle Hypothesen über die drei alten Testaments-Formen per incidens und hundert Erklärungen des Satzes nemo pro parte... ex professo besprechen. Diese Absicht (zur Beruhigung des Lesers sei es gesagt!) liegt uns ferne; wir wollen uns auf Umrisse und hauptsächlich darauf beschränken, den innern Zusammenhang verschiedener, in unseren Systemen weit zerstreuter, Rechtssätze ersichtlich zu machen, und dabei allerdings auch jene berühmte Regel zu erklären versuchen.

Als Grund des f. test. wird bald die Verwandtschaft zwischen testamentum und lex, die Gesetzeskraft oder doch gesetzähnliche Kraft des Testamentes (der lex privata, cf. „uti legassit“, legatum) angegeben und dabei Cicero's Ausspruch citirt: In publicis nihil est

Digitized by Google

lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum. (Philipp II. 42.) Bald wird auf die religiöse Seite des Actes, den Zusammenhang mit den sacra hingewiesen, und beides führt zu Betrachtungen über das testamentum calatis comitiis, die Auspicien, die sacra gentilicia und familiae, die arrogatio und sacrorum detestatio[1]), das testamentum in procinctu, das angeblich gleichzeitig mit den der Schlacht vorangegangenen Auspicien außer Uebung gekommen ist. (Cicero de natura deor. II. 3).[2]) Wieder Andere betonen die Pietät für den Verstorbenen; die Testirfreiheit und die Gewißheit, daß der letzte Wille von den Ueberlebenden werde respectirt werden, sei ein solatium mortis (Quinctil. declam. 308). Auf alle diese Hypothesen wollen wir nicht eingehen[3]), sondern den favor testamenti zunächst als eine geschichtliche Thatsache hinnehmen, und nur nach dem Inhalt fragen.

Die Meisten denken bei dem favor testamenti an die Respectirung des wirklichen Willens des Testators. So sagt z. B. der scharfsinnige und tiefeindringende Neuner in seiner gediegenen Monographie „Die heredis institutio ex re certa“ (1853): „Daß man den letzten Grund“ für die Aufrechterhaltung einer solchen Erbeinsetzung „in dem sich so vielfach in dem Erbrechte geltend machenden Bestreben, die voluntas testatoris möglichst zu berücksichtigen, finden muß, ist gewiß und allgemein anerkannt“ (S. 23). Dieser Ausspruch eines so gewissenhaften Schriftstellers und die Notorietät der Sache überhebt mich der Beibringung von Citaten. Gegen diese weitverbreitete Ansicht nun richtet sich theilweise dieser Aufsatz. Möglichste Realisirung des wahren Willens des Erblassers ist ein

1) Die bestechende, durch das attische Recht unterstützte, Hypothese: alle Erbeinsetzung sei anfangs arrogatio gewesen, erst von Gans, dann von Bering vertreten, wird neuerdings von Schulin dahin modificirt: daß Erbeinsetzung und Arrogation zwar nicht identisch wären, daß aber „das testam. in cal. com. die Veranlassung zur Arrogation des in ihm ernannten Erben post mortem testatoris war“. (In dem Programm „Das griechische Testament verglichen mit dem römischen“, Basel 1882, S. 50 ff.) Die Mangelhaftigkeit der einschlägigen Nachrichten gestattet hier kaum irgend ein sicheres Urtheil.

2) Vgl. Glück XXXIII, S. 336 ff., §. 1402, „Religiosität und gesetzliche Kraft der Testamente.“

3) Quellen und Literatur sind nachgewiesen in Danz' Lehrbuch d. Gesch. d. römischen R. (2. Aufl. 1873), §. 165.

Digitized by Google

Gedanke, welcher das moderne (z. B. österreichische) Erbrecht beherrscht und im römischen Rechte nur beim testamentum militis zur Geltung gelangt ist, weshalb die Eigenthümlichkeiten der römischen Militär-Testamente meistens zu allgemeinen Rechtssätzen des österr. Erbrechtes geworden sind.[4]) Als leitendes Princip aber des römischen Erbrechtes kann jener Gedanke nicht anerkannt werden, wenn er auch in der sog. classischen und nachclassischen Zeit immer mehr Einfluß gewann.[4a]) Das alte römische Recht ließ sich von der consequenten Durchführung seiner Sätze dadurch nicht abhalten, daß diese in einzelnen Fällen hart, unbillig, gegen den Willen des Verfügenden oder sonst unzukömmlich war (Prälegate, Catonische Regel u s. w.!). Es hatte keine Schonung für Diejenigen, welche ihre Rechtshandlungen nicht genau nach ihm einrichteten. Wenn es also einmal dennoch Schonung übte, so galt diese nicht dem Einzelnen, sondern einem allgemeinen Interesse („publice expedit").[5]) Und darum muß statt der Achtung vor dem wirklichen Willen des concreten Testators vielmehr die Achtung und Schonung des letzten Willens in abstracto d. h. die Begünstigung des Rechtsinstitutes „Testament" in den Vordergrund gestellt werden. Daneben zeigt sich hie und da auch eine Begünstigung des Erwerbes aus Testamenten, wovon unten die Rede sein wird.

Nun sollen aber die wichtigeren einschlägigen Thatsachen einer kurzen Betrachtung unterzogen werden, welche ihren Zusammenhang erweisen wird.

II.

In älterer Zeit war es nahezu Mode, den berühmten Rechtssatz „Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest"[6])

4) Ueber das neue deutsche Reichsrecht s. unsere Bemerkung in Arndts Pandekten, §. 487 Anm. 1.

4a) In L. 5. Cod. de necess. et serv. hered. 6. 27 spricht Justinian von einer Streitfrage und macht dabei die beachtenswerthe Aeußerung: Sed antiquitatem quidem haec altercantem relinquendum est. Nobis autem alius modus . . decisionis inventus est, quia semper vestigia voluntatis sequimur testatorum. — Die l. Falcidia, sechs Jahrh. lang ius cogens, wurde durch Nov. 1. §. 2 zum „nachgiebigen Recht".

5) Es ist hier zunächst vom älteren (nationalen) römischen Recht, nicht vom prätorischen und nicht vom neueren Recht die Rede.

6) Die römische Schulregel lautete wahrscheinlich: „Non potest idem et

Digitized by Google

als sonderbar, spitzfindig, rein positiv oder gar unverständig zu bezeichnen; durch die historische Schule wurde dies anders, ja viele Anhänger derselben gefielen sich darin, ihn als selbstverständlich hinzustellen. Wie unrichtig dies ist, zeigen am besten die unzähligen Erklärungsversuche; und da immer wieder neue auftauchen, zeigen sie noch mehr, nämlich: daß jene Rechtsregel bisher noch nicht ganz befriedigend erklärt ist.

Wenn man heute einen verständigen Mann, der keine Rechtskenntnisse besitzt, fragen würde, was geschehen solle, wenn in einem Testamente nur über die Hälfte oder ein Drittel des Vermögens verfügt ist — so würde er unbedenklich antworten: „Das Uebrige bekommen die gesetzlichen Erben." Diesem modernen Rechtsbewußtsein haben bekanntlich alle neueren Gesetzbücher Ausdruck gegeben. Wenn man nun aber jenem Laien sagen würde, es gehe nicht an, daß neben einander die testamentarische und gesetzliche Erbfolge eintreten, man könne nicht „pro parte testatus decedere", so würde er sehr befremdet sein, eine wiederholte Frage aber mit der Bemerkung beantworten: „Du hast mir ja soeben gesagt, daß das Testament ungültig sei." Sein Erstaunen würde den Höhepunkt

---

testato et intestato decedere." Diese Vermuthung stützt sich darauf: a) das „testato, intestato" in L. 7 D. de R. I. ist die alterthümlichere Form, als das „testatus, intestatus" in §. 5. I. de her. inst. 2. 14; b) durch die kurze Wendung „et testato, et intestato" wird die „naturalis pugna" (L. 7 cit.) überzeugender hervorgehoben, als durch die neuere, schon im Hinblicke auf eine denkbare andere Behandlung formulirte Wendung „ex parte testatus et ex parte intestatus" in §. 5 cit. c) Die Betonung des Widerspruches wird noch verschärft durch das Wort „idem", welches zweimal bezeugt ist, sowohl in §. 5 cit., als in L. 7 cit. — Man beachte die Abschwächung bei Pomponius (in L. 7 cit.): Ius nostrum non patitur; zu „nostrum" vgl. etwa Hofmann, Beiträge S. 113; zu „patitur" die Ausdrucksweise im §. 5. Cod. de cad. toll. 6. 51, wo hinter „nec nos patimur" gleich eine Ausnahme vorbehalten wird. (Daß Justinian die Transmission nicht als etwas Denkwidriges oder Unsinniges betrachtete, bedarf keiner Versicherung!) Ebenso kommt bei Pomponius gleich die Einschränkung „eundem in paganis", die zu der naturalis pugna sehr schlecht paßt. Der Ausdruck steht im dritten Buche seines Sabinus-Commentars; Ulpian sagt im fünften Buche seines gleichnamigen Werkes: Miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus. L. 6 D. de test. mil. 29. 1. In Anlehnung an diesen Satz ist die Schulregel der Neueren formulirt.

Digitized by Google

erreichen, wenn ihn hierauf der Jurist versichern würde, in jener Behauptung sei diese letztere durchaus nicht enthalten.

Damit soll zweierlei gesagt sein: 1) Die römische Behandlung solcher Fälle ist die letzte, an die ein Moderner denken würde; 2) sie ist in jener Schulregel *nicht* ausgesprochen, welche vielmehr nur die Unzulässigkeit einer bloß theilweisen letztwilligen Verfügung über den Nachlaß und damit folgeweise die *Unverträglichkeit verschiedener Delationsgründe* constatirt. „Unius pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset" sagt *Cicero*, de invent. (rhetor.) II. 21.

Das nun ist der Fehler in den Erörterungen über die Regel „nemo pro parte", und der Grund, warum bisher keine Verständigung erreicht wurde: daß man glaubt, es handle sich um *eine* Frage, während man das Problem in *zwei* Fragen auflösen muß: Nämlich: a) *warum* kann Niemand pro parte testatus, pro parte intestatus decedere? b) warum ist das der Rechtsregel nicht entsprechende Testament nicht ungültig?

A.

Daß ein *theilweises* Erbloswerden eines Nachlasses (obgleich in modernen Rechten unter besonderen Umständen möglich) im höchsten Grade unnatürlich ist, wird kaum bestritten werden. Gehen wir von der gesetzlichen Erbfolge aus. Gegenstand der Delation ist doch selbstverständlich die Erbschaft als Ganzes und zwar die *ganze* Erbschaft. Das Gesetz sagt zunächst nur, *wer* sie bekommen solle; *wie getheilt* werden solle, sagt es in ältester Zeit gar nicht, sondern überläßt dies der Rechtsanwendung; später gibt es darüber Regeln, die aber erst in zweiter Reihe stehen. Einen Berufenen auf einen bestimmten Theil zu beschränken, das ist ein Einfall, der dem neueren Rechte vorbehalten war, und auch hier als Anomalie erscheint. Wenn aber das Gesetz sich darauf beschränkt, zu sagen: „ihr theilt per capita, oder per stirpes, oder per lineas" — wie kann da irgend ein Theil unvergeben bleiben?!

Bei der testamentarischen Berufung war es wohl in alter Zeit Regel, daß nur *ein* Erbe eingesetzt war (familiae emtor — partitio

Digitized by Google

legata!). Als man mehrere zuließ, repräsentiren sie alle zusammen den einen Erblasser, und sind anstatt des früheren einzigen Erben da; in dem einen, wie in dem anderen Sinne „stellen sie nur eine Person vor“ (vgl. österr. a. b. G. B. §. 828). Und dabei war es wahrscheinlich wieder Regel, daß sie ohne Theilangabe eingesetzt wurden, welche übrigens nichts zu ändern vermocht hätte; die lex privata ahmte die lex publica nach; die Conjunctionen waren Nachbildungen der stirpes, die Theilangaben Seitenstücke zu den gesetzlichen Theilungsregeln, mithin proportionaler Natur. Die Mehreren waren zusammen zu der einen, einheitlichen, ungetheilten Erbschaft berufen; in welchem Verhältnisse sie sich unter einander in die Rechte und Pflichten, Vor- und Nachtheile des Nachlasses theilten, das war eine secundäre, die factische (reelle) Theilung und Auseinandersetzung (familia erciscunda) gar nur eine tertiäre Frage. Es gab keine absoluten Theile; nicht durch die Theilangabe, sondern nur durch das gleiche Recht Anderer wurde der Eingesetzte eingeschränkt: partes concursu fiunt, folglich muß er „coherede non dato“ alles bekommen (s. L. 41 §. 8 D. de vulg. et pup. subst. 28. 6).

Diese Auffassung und die oben vorgetragene Erklärung der Accrescenz ergänzen und bestätigen einander gegenseitig.

Ob nun der Testator einen Erben allein eingesetzt hat, ob mehrere sine partibus oder endlich mehrere, die nach einer angegebenen Proportion theilen sollen, immer ist die ganze Erbschaft vergeben. Wie aber, wenn die Theile das Ganze nicht erschöpfen? Dann wird meistens ein Rechenfehler vorliegen, der aber wegen der relativen Natur der Theile nicht schadet. Gewiß war es ein höchst seltener Fall, daß der Erblasser absichtlich eine nicht erschöpfende Theilung vornahm, oder gar den einzigen institutus auf einen Theil einschränken wollte. In diesen seltenen Fällen würde nun das Testament ungültig gewesen sein, wenn nicht der unter B zu besprechende Gedanke eingegriffen hätte.

Der Gedanke, daß der Erbe der Repräsentant des Verstorbenen sei, hatte für die Römer mehr Wahrheit, als für das moderne Recht[7]), und er hatte namentlich eine viel persönlichere

7) Dieses zeigt sich vor allem in der immer und nothwendig unbeschränkten Haftung für die Schulden des Erblassers. Das beneficium inventarii ist eine ganz unrömische Einrichtung.

Digitized by Google

Färbung[8]), da er keineswegs auf den ökonomischen Erfolg der Beerbung sich beschränkte. Daß man durch Mehrere zusammen repräsentirt sein will, hat einen Sinn; daß man aber nur einen Repräsentanten ernennt, der einen bloß theilweise repräsentiren soll, ist für die römische Anschauung ungereimt. Dies geht schlechterdings nicht. Wenn der Testator zurechnungsfähig war, so muß er sich doch selbst gefragt und gesagt haben, was mit den anderen Theilen geschehen solle. Wollte er sie den gesetzlichen Erben zuwenden, und hat er dieses formell ausgesprochen, so waren sie damit testamentarisch eingesetzt; hat er es aber nicht so ausgesprochen, so kann dieser sein Wille nicht beachtet werden.

Da die Delation der Erbschaft die Berufung zur Repräsentation des Erblassers ist, so kann sie nicht auf einen Theil eingeschränkt sein. Würde es sich nur um den materiellen Erfolg der Vergebung eines Vermögens handeln, so wäre solche Einschränkung denkbar; sie ist im römischen Rechte darum nicht denkbar, weil hier die persönliche Beziehung des Erben zum Erblasser das Primäre war.

Einheit der vermögensrechtlichen Persönlichkeit, Einheit der Repräsentation, Einheit der hereditas. Die zu derselben hereditas Berufenen sind also immer re coniuncti (s. oben S. 74 ff.), stellen also gleichsam eine Person vor (vgl. österreich. a. b. G. B. §. 559); man kann die Erbschaft zwar Mehreren, man kann sie aber nicht stückweise (disiunctim) vergeben. Der Erblasser kann Mehrere zusammen berufen, die dann hinterher unter sich theilen; aber er selbst kann nicht die Erbschaft in gesonderte partes zertheilen. Thut er es dennoch, so ist das eine fehlerhafte Erbeinsetzung, die mit dem Wesen des Erbrechtes in Widerspruch steht, ebenso wie eine institutio ex re certa. So, wie sie lautet, kann sie nicht gelten; sie sollte demnach ungültig sein; der favor institutionis aber brachte es mit sich, daß man sie corrigirte; m. a. W. statt die Anordnung zu streichen, hat man die unzulässige Einschränkung derselben gestrichen. Eines weiteren Beweises, als den die ganze Accrescenzlehre gibt, bedarf es für diese Behauptung nicht. Zum Ueberflusse aber läßt sie sich auch anderweitig erweisen.

L. 19 D. de lib. et post. 28. 2 (Paulus): Cum quidam

8) Vgl. Neuner S. 28 ff.

Digitized by Google

filiam ex asse heredem scripsisset, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit 'et in cetera parte exheres mihi erit', et quaereretur, an recte exheredatus videretur; Scaevola respondit non videri, et in disputando adiiciebat: ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur; exheredationes autem non essent adiuvandae. Damit ist deutlich gesagt: an sich sind die institutio und die exheredatio fehlerhaft, aber jene wird begünstigt, diese nicht. Damit ist nun zunächst nur die institutio ex re certa und (arg. aus dem ersten Falle) die inst. excepta re certa. Aber jene Formel der Exheredation wäre ebenso fehlerhaft, wenn die „cetera pars" auf eine pars quota ginge.[8a]) Und so ist auch eine absolute Einschränkung der institutio auf irgend eine pars an sich eine vitiosa institutio, die aber nicht annullirt, sondern corrigirt wird. —

Aus dem oben Gesagten folgt, daß jede Delation die ganze und ungetheilte Erbschaft zum Gegenstande hat; folglich kann nur die eine oder die andere Delation, es können aber nicht beide neben einander Statt finden.

Manches davon, was hier angedeutet wurde, ist schon von Anderen und sehr ausführlich gesagt worden (am nächsten kommt der obigen die Darstellung von Neuner §§. 1—4). Das Eigenthümliche aber unserer Ansicht ist: a) die Zerlegung des Problems in zwei Fragen; b) die Nachweisung des Zusammenhanges mit der Regel partes concursu fiunt, die man in neuester Zeit wiederholt mit Unrecht wegzudeuten versucht hat. Bilden wir unter Benutzung dieses Wortes des Celsus eine neue Schulregel: Partes concursu fiunt, non testamento aut lege, so haben wir darin gleichzeitig die Erklärung des Nemo pro parte und der Accrescenz. Es ist also nicht richtig, wenn man die Accrescenz aus der Rechtsregel Nemo pro parte erklären will[9]); sondern beide — diese Regel und jene Er-

8a) Arg. L. 8 §. 3 D. de B. P. contra tab. 37. 4. Vgl. Ad. Schmidt, Das formelle Recht der Notherben S. 51 fg., Frz. Schröder, Das Notherbenrecht S. 87 fg.

9) Wie sehr Viele thun. So sagt z. B. der ältere Dernburg (s. N. 30) S. 302: „So ist bekanntlich das ius accresc. unter Miterben eine reine Folge desselben" (des Satzes nemo p. p.). Richtig Huschke (s. N. 32) S. 304.

Digitized by Google

scheinung — sind Consequenzen eines und desselben Gedankens: der relativen Natur der Erbtheile; mit dieser steht die Einsetzung eines heres solus ex parte in offenbarem Widerspruch.

Daß aber die Erbtheile keine absolute, sondern nur eine relative Bedeutung haben, entspricht in der großen Mehrzahl aller Fälle dem Willen des Erblassers. Freilich aber kehrt sich das Recht in den seltenen Fällen, wo dies nicht zutrifft, an diesen Willen nicht, es läßt eine andere Bedeutung gar nicht zu, weil sie mit der Einheit der hereditas und dem Wesen der römischen Erbfolge unvereinbar ist. Darum beruht die Accrescenz im älteren römischen Recht nicht auf jenem Willen, sondern auf Rechtsnothwendigkeit. Je mehr aber die sachliche Seite der Erbfolge über die persönliche das Uebergewicht erlangte, je mehr die alte nationale Anschauung verblaßte und die moderne (der Wille des Erblassers) bei der weiteren Ausbildung der Accrescenz zur Geltung kam, die in der Erbfolge nur den Uebergang eines Vermögens sieht und des Grundes jener Rechtsnothwendigkeit sich nicht mehr klar bewußt ist, um so mehr wird auf den Willen geachtet.

B.

Mit dem bisher Gesagten ist aber nur erklärt, warum nicht neben die testamentarische Berufung ergänzend die gesetzliche treten kann. Damit aber wäre Ungültigkeit des Testamentes in allen Fällen, wo ein Irrthum und Verrechnen des Erblassers ausgeschlossen ist, gar wohl vereinbar. Und diese erschiene sogar als die natürliche Folge des Conflictes zwischen dem Willen des Testators und dem objectiven Rechte; ein auf rechtlich Unmögliches oder Ungereimtes gerichteter Wille ist (sollte man meinen) ungültig. Daß nach römischem Rechte nicht Ungiltigkeit, sondern (sit venia verbo) Uebergiltigkeit[10]) eintritt, daß der Conflict zwischen der lex publica und der lex privata durch Streichung der absolut gemeinten

10) Dieses Wortungethüm — nach dem Muster des ophthalmologischen Ausdruckes „Uebersichtigkeit" und in Erinnerung an die „lex plus quam perfecta" gebildet — möchte ich wahrlich nicht einbürgern; ich bediene mich desselben nur in dieser Materie zur schärferen Pointirung des Gegensatzes und der Kürze wegen.

Digitized by Google

pars certa beseitigt wird, das ist eben favor testamenti. Da die Anordnung in der gewollten Beschränkung nicht gelten kann, aber dennoch gelten soll, mußte man die Schranke beseitigen; die Einsetzung gilt detracta partis mentione. Eine Respectirung des concreten letzten Willens liegt darin gewiß nicht. Die Behauptung, dem Erblasser sei an der Erbsernennung gewiß mehr gelegen, als an ihrer Einschränkung, ist in solcher Allgemeinheit unrichtig. Diese Behauptung ist an mehreren Stellen des Neuner'schen Buches (zwar meistens indirect, gleichwohl aber sehr deutlich) ausgedrückt, und durch die Modification, welche ihr Dworzak[11]) gegeben hat, nicht verbessert. „Dem Instituten wollte der Testator jedenfalls etwas zuwenden, durch die Annullirung des Testamentes würde dieses zweifellos Gewollte vernichtet, und die Intestat-Erbfolge zum ganzen Nachlasse herbeigeführt, was der Erblasser entschieden nicht gewollt hat." Wer $^1/_{12}$ dem Eingesetzten zugewendet hat, in dem Rechtsirrthum befangen, daß $^{11}/_{12}$ den gesetzlichen Erben bleiben, dessen Wille wird gewiß durch die Ausdehnung der Berufung auf $^{12}/_{12}$ (die „Uebergültigkeit") mehr verletzt, als durch die Ungültigkeit. Und dieses ist selbst dann wahr, wenn der Testator nicht das Interesse der gesetzlichen Erben im Auge hatte, sondern über die $^{11}/_{12}$ später anderweitig verfügen wollte. Daß die Ausdehnung der Einsetzung in den vorausgesetzten Fällen nicht auf den Willen des Erblassers gegründet wurde, sagt Ulpian in L. 13 §. 2 D. de hered. instit. 28. 5 („si minus distribuit, potestate iuris in hoc revolvitur"), und indirect, aber deutlich genug, auch §. 5 J. de hered. instit. I. 14: Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur. Jeder Unbefangene wird die hier hervorgehobenen Worte so verstehen, daß der miles darum ex parte testatus et ex p. intestatus d. p., weil man seinen Willen selbst dort respectirte, wo er dem objectiven Rechte nicht conform ist, wovon so viele andere Anwendungen bekannt sind. Es wird also sein auf die Beschränkung gerichteter Wille respectirt und ihm zu Liebe von jenem Princip eine Ausnahme zugelassen. Allerdings handelt es sich zunächst nur um diesen negativen Willen; daß

11) In Haimerl's Bischst. VIII. S. 17.

Digitized by Google

man den unvergebenen Theil dann den Inteſtat-Erben gibt, iſt eine Nothwendigkeit (wer anderer ſollte ihn denn erhalten?). Man hat es nicht nothwendig, anzunehmen, der Soldat habe den Reſt ihnen zuwenden wollen[12]), obgleich dieſes allerdings der häufigere Fall geweſen ſein dürfte. Bei einer nicht erſchöpfenden Vertheilung liegt, wenn nicht ein Irrthum, faſt immer dieſe Abſicht vor; bei einer erſchöpfenden dagegen kann die Abſicht des Teſtators eben ſo gut auf eine abſolute, als auf eine bloß relative Beſchränkung gerichtet ſein; „relativ" heißt hier: nur zu Gunſten der Miteingeſetzten ſolle der Erbe eingeſchränkt ſein, alſo habe bei Erledigung eines Theiles Erweiterung der anderen Theile einzutreten. Es iſt dieſes lediglich quaestio voluntatis, wie in L. 37 D. de test. mil. 29. 1 (ſ. oben S. 61) ausdrücklich anerkannt iſt. Daß aber hier Paulus den erledigten Theil den Inteſtaterben zuſpricht: „nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem" — das iſt bezeichnend für die Aenderungen der Anſichten über die Erbfolge. Ein Juriſt aus älterer Zeit würde ohne Zweifel umgekehrt geſagt haben: es trete Accreſcenz ein, wenn nicht ein auf abſolute Beſchränkung gerichteter Wille erkennbar ſei. So lange die nationale Anſchauung von der Repräſentation des Erblaſſers durch den Erben in den Juriſten lebendig war, mußte eine abſolute Theilangabe als unwahrſcheinlich und verkehrt erſcheinen; als natürlich kann ſie erſt dann erſcheinen, wenn man in der Erbfolge nur die Vertheilung eines Vermögens ſieht.[13]) Die ſpätere Zeit hatte das Verſtändniß für jenen Satz des alten Rechtes verloren, wie am beſten des Pomponius Ausſpruch (L. 7 D. de R. J.) zeigt, der, ſtatt mit Julian ehrlich zu bekennen: non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest (L. 20 D. I. 3), ſich hinter ein leeres ſophiſtiſches Wortſpiel verſteckt: „earum rerum naturaliter inter se pugna est: testa-

12) Gleichwohl kann ich der Deutung Neuner's, S. 68 f., nicht zuſtimmen; ſie wird mit durch das hier ſpäter im Texte Geſagte widerlegt.

13) Uebrigens ſcheint die Frage zur Zeit des Paulus zu den zweifelhaften gehört zu haben, und auch für's juſtinianiſche R. iſt ſie nicht leicht und nicht mit voller Sicherheit zu beantworten. Um nicht den Zuſammenhang zu ſtören, müſſen wir die Erörterung dieſes Punktes einem eigenen Aufſatze vorbehalten.

Digitized by Google

tus et intestatus.“ [14]) Darum ist es nicht auffallend, daß im späteren römischen Rechte jene Regel mehrfach durchbrochen wurde.[15])

Bei der Aufnahme des römischen Rechtes in Deutschland „in complexu“ wurde sie zwar mit recipirt, ist aber niemals in das Rechtsbewußtsein germanischer Völker aufgenommen worden, und konnte nie aufgenommen werden. Waren doch diese Völker den Testamenten ebenso abgeneigt, als die Römer gewogen; wurde doch nur widerstrebend die letztwillige Verfügung über einen Theil und (so lange das corpus iuris nicht Geltung erlangte) stets nur über einen Theil gestattet; das übrige Vermögen war der Familie vorbehalten („der Vorbehalt“, la reserve). Ueberdies war die Erbschaft nie als eine Einheit gedacht, sondern als eine Summe, welche in verschiedene Bestandtheile zerfiel (Gerade, Heergeräthe, Mußtheil u. s. w.).[16])

Daraus erklärt sich der scharfe Tadel, den jene Regel bei so vielen Juristen gefunden hat, und ihre allgemeine Verwerfung Seitens der neueren Gesetzgebung.[17])

Der innige Zusammenhang unserer Regel und der Accrescenz wird seit jeher anerkannt; auch in ihren Schicksalen zeigt sich derselbe. Die Accrescenz beruht im älteren römischen Rechte nur auf iuris necessitas (s. oben), im späteren auf dieser und dem Willen

---

14) Man thut dem Pomponius zu viel Ehre an, wenn man hinter diesen Worten einen sachlichen Grund sucht (so z. B. Schirmer S. 54, Note); hätte er einen gewußt, so würde er ihn doch gewiß ausgesprochen haben. Pomponius verfährt hier gerade so scholastisch, wie die von Haubold (s. unten) citirten und mit Recht getadelten Juristen des 16. bis 18. Jahrhunderts, die mit logischen Regeln, wie „duo contraria simul subsistere non possunt“, sich aus der Sache ziehen.

15) Vgl. Schirmer S. 54 ff., Windscheid §. 537, N. 5, der die Regel Cicero's zu allgemein gefaßt findet. Für Cicero's Zeit war sie es doch wohl nicht.

16) S. etwa Gerber System §. 248; Huschke (a. unten a. O.) S. 365 ff.

17) Die österreichischen und preußischen Redactoren waren hierin einig; Zeiller nennt das nemo pro parte einen lediglich positiven Satz und eine Subtilität; Suarez fand in ihm „wenig Vernunftmäßiges“ und nannte manche seiner Consequenzen „empörend für jeden gesunden Menschenverstand“. Vgl. die fleißigen Nachweisungen aus der Literatur und Gesetzgebung bei Gruchot, Preußisches Erbrecht I. Bd. S. 373—379.

Digitized by Google

des Erblassers, in der modernen (z. B. österreichischen) Gesetzgebung nur auf diesem letzteren.

III.

Nach dieser Darlegung unserer eigenen Ansicht werden wir einige fremde besprechen, wodurch jene noch schärfer hervortreten wird.

Unter den älteren Arbeiten verdient besondere Beachtung der gründliche und elegante Aufsatz von Haubold de caussis, cur idem et testato et intestato decedere non possit[18]), worin die Ansichten der Vorgänger nach ihrer Verwandtschaft geordnet und kritisch besprochen sind.[19]) Doch macht der Herausgeber (Wenck) die nicht unbegründete Ausstellung, daß die Häufung der Erklärungen eine Unsicherheit des Urtheils beweist.[20]) Der Inhalt ist in Kürze dieser:

Erst wird der Sinn der Regel gezeigt, und daß sie positiv, nicht in der Natur der Erbfolge überhaupt begründet (nec, nisi iure romano, necessaria) sei (§§. 1, 2). Die Regel sei sehr alt, gleichwohl aber Product der interpretatio, nicht der Gesetzgebung (§. 3). In §. 4 tadelt er diejenigen, welche im Anschluß an die L. 7 D. de R. J. in scholastischer Weise eine naturalis pugna der Prädicate testatus und intestatus behaupten. Unter Berufung auf viele berühmte Juristen, und auch auf Leibniz, äußert Haubold (p. 326): Video in nostra regula subtilitatem iuris romani talem, quacum vix aliud eiusdem iuris placitum componere auderem. In §. 5 bestreitet er die Rückführung der „Uebergültigkeit" auf den Willen des Testators (jedoch mit einer nachträglichen Concession in §. 7 a. E.). Sehr interessant ist in §. 6 die Nachweisung derjenigen Gelehrten, welche unsere Regel entweder aus dem Repräsentations-Verhältniß oder aus der Einheit oder der Untheilbarkeit der

---

18) Chr. Gottl. Haubold Opuscula academica (nach des Vf. Tode herausgeg. von Wenck). Lpzg. 1825. Vol. I. p. 315—348.

19) Deshalb ist in unserem Aufsatz die Literatur vor Haubold unberücksichtigt geblieben.

20) Editoris praefatio p. XXVII—XXIX. Wenck's eigene Bemerkungen scheinen mir aber das Problem nicht gefördert zu haben.

Digitized by Google

Erbschaft erklären. Dazu die glückliche Bemerkung (vielleicht die beste in dem ganzen Aufsatze): Mihi vero triplex hoc argumentum eiusdem et indolis et ponderis esse, nec unum ab altero differre videtur. Quoniam enim heres et defunctus pro una habentur persona, necesse est, hereditatem ipsam quasi in locum defuncti succedere, eoque sensu et universitatem et individuum ius constituere. Objectiv kommen jene drei Erklärungen auf eine hinaus; gleichwerthig (eiusdem ponderis) sind sie jedoch darum nicht, weil die erste die tiefste ist, schon den Grund des Grundes (der unzerstückbaren hereditas) angibt. Wenn aber Haubold, hievon unbefriedigt, später (p. 334) fragte: cur heres defuncti personam necessario subierit? — so verlangte er mehr, als er selbst zu leisten vermochte. Nach seiner Ansicht hat die fragliche Regel mehrere Gründe: 1. Die gesetzlichen Erben konnten nur durch ein Specialgesetz (test. cal. com.) von der Erbfolge ausgeschlossen und durch Andere verdrängt werden; so seien von vornherein die beiden Berufungsarten in einen Gegensatz getreten (§. 7). 2. Die individua sacrorum privatorum natura und die ängstliche Fürsorge für ihre Aufrechterhaltung habe eine bloß partielle testamentarische Berufung als unzulässig erscheinen lassen (§. 8). 3. Bei dem alten Mancipations-Testamente sei der Erbe selbst der familiae emtor gewesen; also nur ein Erbe. Auch erkläre diese Form die andere Regel „semel heres, semper heres", da die mancipatio zu jenen actus legitimi gehöre, die eine diei adiectio nicht vertragen. Object dieser scheinbaren emtio familiae sei die Erbschaft als ideelle Einheit gewesen; der Verkauf eines Theiles sei von selbst ausgeschlossen gewesen (§. 9).[21]) 4. Die letzte Ursache aber sei zu suchen „in odio adgnatorum et favore testamentorum". Bei den Römern sei die causa testati potior gewesen, bei den Griechen umgekehrt.[22]) Die Beziehung zwischen dem testamentarischen Erben und dem Erblasser sei eine nähere gewesen, als die Blutsverwandtschaft (arg. L. 17 §. 3 D. de pactis II. 14—?), die testamentarische Berufung gehe der gesetzlichen vor: L. 39 D. de acquir. v. ommitt. hered.

21) Für diesen letzten Gedanken beruft sich Haubold u. A. auch auf Bynkershoek.

22) Auch hiefür citirt er Bynkershoek.

Digitized by Google

29. 2; l. 1 pr. und §. 2 D. si tabul. test. nullae exst. 38. 6. Damit wird aber doch offenbar unsere Regel zwar bestätigt, aber nicht erklärt.

Gewiß liegt das Verdienst der Arbeit Haubold's mehr in dem kritisch referirenden Theile, als in der eigenen Erklärung des Rechtssatzes. Er unterschätzt das Argument aus der Repräsentation, und beruft sich zwar mit Recht auf den favor testamenti; indem er aber diesen Erklärungsgrund den anderen coordinirt, verfehlt er das richtige logische Verhältniß, das oben dargelegt wurde (die Zerlegung des Problems in zwei Fragen). Immerhin aber enthalten auch die letzten vier §§. genug des Beachtenswerthen und sind Haubold's Nachfolger ihm nicht immer gerecht geworden. So ist z. B. Thibaut's Kritik[23]) theils begründet, theils nicht. Er wendet nämlich gegen Haubold's vier Gründe ein (S. 70 ff.): Zu 1. Es geht an, daß ein Gesetz durch ein anderes theilweise verdrängt wird. Den angeblichen Gegensatz der beiden Berufungsarten widerlege L. 130 D. de V. S. (soweit gewiß richtig). Zu 2. Da man die sacra priv. auf mehrere Testaments- oder mehrere gesetzliche Erben übergehen ließ, so sei nicht einzusehen, warum sie nicht hätten auf mehrere Testaments- und gesetzliche Erben kommen können. Auch dies ist richtig.[24]) Doch ist nicht zu übersehen, daß es allerdings im Interesse der Pontifices lag, daß die Beerbung vollständig und bald erfolge; s. Gaius II. 55.[25]) Zu 3. „Durch die mancipatio ließen sich körperliche und unkörperliche Sachen veräußern, also auch gewiß Theile eines Ganzen." „Außerdem ist kaum einzusehen, wie man es einen dies nennen kann, wenn ein Erblasser in einer Hinsicht rein dem Gesetz alles überläßt, und in einer anderen Hinsicht seinen Willen erklärt." Thibaut hat hier den von ihm getadelten Haubold gänzlich mißverstanden. In

---

23) Civilistische Abhandlungen (Heidelberg 1814), 5. Abhdlg. S. 65 ff.

24) Verfehlt dagegen scheint die folgende Bemerkung: „Auch war von dem Agnaten als solchem . . . zu vermuthen, daß er die sacra mit mehr Liebe, als der fremde (?) Testamentserbe fortsetzen werde."

25) Die Lehre von der Haftung für die sacra muß selbst nach den neuesten Untersuchungen von Leist (Erbrechtsbesitz I. S. 173 ff.) und von Hölder (Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes S. 137 ff.) als eine dunkle bezeichnet werden.

Digitized by Google

älterer Zeit pflegte man, veranlaßt durch L. 41 pr. D. de test. mil. 29. 1, unsere Regel so zu ergänzen: Nemo pro parte bonorum vel temporis intestatus decedere potest, indem man die Regel semel heres, semper heres mit der unseren im engsten Zusammenhang sich dachte.[26]) Haubold sagt nun: Beide Theile der Regel ließen sich schon aus der mancipatio familiae erklären: a) das dominium hereditatis theilweise zu übertragen, sei widersinnig, b) ex die oder ad diem es zu thun, aber vollends unmöglich gewesen, weil die mancipatio keine Befristung verträgt. Gegen Thibaut nehme ich an, daß in alter Zeit die Veräußerung eines ideellen Theiles — selbst einer körperlichen Sache, z. B. $^1/_3$ eines Hauses — niemals vorgekommen ist; eher die Veräußerung an Mehrere, wo dann partes concursu fiebant; denn selbst Eigenthümer bleiben, und sich gleichwohl des Eigenthumes zu einem gedachten Theile begeben — das ist ein so künstliches Verhältniß, daß es der altrömischen Zeit, der doch schon die Regel nemo pro parte angehört, nicht zugemuthet werden kann. Wohl aber kann man gegen Haubold dieses einwenden: Mag auch die Unzulässigkeit der betagten Uebertragung schon aus der Form des Rechtsgeschäftes zu erklären sein[26a]), die Unzulässigkeit der theilweisen Uebertragung folgt nicht daraus, sondern aus der Natur des Objectes. Hätte Haubold dies erkannt, und hätte er dabei (wie er es doch schon p. 335 thut) die subjective Seite der Erbfolge mehr betont, so würde seine Argumentation viel überzeugender sein: „Le défunt doit être remplacé dans la souveraineté de ce patrimoine que sa mort a laissé sans maître.“[27]) Der Testator bestellt sich im familiae emtor den Nachfolger in der Herrschaft über sein Vermögen. Dies nun theilweise, z. B. für $^3/_{12}$ zu thun, wäre doch offenbar so widersinnig, als wenn ein König sich einen Nachfolger zu $^8/_{12}$ wählen wollte! — Zu 4. Auch dieser Grund wird erst mißdeutet, dann abgelehnt, und dabei in unhistorischer Art auf die Militär-Testamente und den bekannten Ausspruch Papinian's (L. 15 §. 2 D. de inoff. test. 5. 2) hingewiesen, als ob die Fest-

26) Wir werden darauf unten zurückkommen.

26a) Diese Streitfrage wird weiter unten zur Sprache kommen.

27) Rivier Traité de successions p. 5; vgl. p. 8 sv. (nr. 4).

Digitized by Google

ſtellung jener Regel und die Entwickelung der Beſonderheiten der testamenta militum oder gar Papinian derſelben Zeit angehören würden![27a]) — Gleichwohl hat dieſe, zum großen Theil verfehlte Kritik die volle Zuſtimmung Huſchke's gefunden.

Thibaut ſelbſt ſieht (S. 73) den Grund der Regel „in einer bloßen poſitiven Zufälligkeit", nämlich in der Vorſchrift der 12 Tafeln: der Agnat ſolle erben, wenn der Verſtorbene, ohne suos zu hinterlaſſen, „intestato" geſtorben ſei (S. 76). Die Art, wie Thibaut dieſe Hypotheſe vertritt, iſt viel plauſibler, als der kritiſche Theil ſeiner Arbeit, und ſo hat es ihr denn auch nicht an Zuſtimmung gefehlt.[28]) Windſcheid (§. 537 N. 2) glaubt, daß die wörtliche Auslegung des „si intestato moritur" bei der Ausbildung der Regel zwar „mitgewirkt hat; aber der eigentliche Grund kann ſie deßwegen nicht geweſen ſein, weil die Ausſchließlichkeit der teſtamentariſchen Berufung ſich in gleicher Weiſe gegenüber einem früheren Teſtament, wie gegenüber der Inteſtatberufung geltend macht." Dagegen ließe ſich freilich einwenden: Stand einmal — aus welchem Grunde immer — feſt, daß die teſtamentariſche Verfügung den ganzen Nachlaß ergreife, ſo war damit die Unverträglichkeit zweier Teſtamente von ſelbſt gegeben. Entſcheidend gegen jene Erklärung ſcheint uns dieſes zu ſprechen: Wenn Jemand ein ungültiges Teſtament hinterließ, war er da nicht intestatus? Daß aber ein partielles Teſtament nicht als ungültig behandelt wurde, kann doch unmöglich aus dem Satze „si intestato moritur" erklärt werden[29]), ſonſt müßte jedes Teſtament gültig geweſen ſein. Ja ſelbſt die Gültigkeit der Anordnung vorausgeſetzt, würde die Argumentation von Thibaut nur erklären, warum den unvergebenen Reſt

---

27a) „Miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori". So herausgeriſſen klingt dieſer Satz wie ein hiſtoriſches Zeugniß; er iſt es aber nicht und wird auch von Niemandem (auch nicht etwa von Thibaut) als ſolches geltend gemacht. Denn im Zuſammenhange der L. 19 §. 2 D. de de castr. pecul. 49. 17 geleſen kann das „ab initio" nicht in dieſer Weiſe mißverſtanden werden.

28) Namentlich ſind hervorzuheben Brinz (1. Aufl.) S. 771, Ad. Schmidt, Das formelle Recht der Notherben S. 1, Note 3.

29) Ein gültiges Teſtament ſchließt die geſetzliche Erbfolge aus; daraus folgt doch nicht, daß ein an ſich fehlerhaftes Teſtament gültig ſein müſſe! — Vgl. auch Hölder S. 152—154.

Digitized by Google

die Intestaterben nicht bekommen; unerklärt aber bliebe, warum die Instituirten ihn erhalten. Formale Logik würde hier zu partieller Erblosigkeit des Nachlassers geführt haben.

Der ältere Dernburg hat in seiner Jugendarbeit[30]) zwar einen gänzlich verfehlten Erklärungsversuch für die Unmöglichkeit theilweiser testamentarischer Beerbung aufgestellt[31]), daran aber die verständige Bemerkung geknüpft (S. 314): „Nun hätte es allerdings dahin kommen sollen, daß, wenn Jemand über eine pars quanta oder quota testirt hätte, das ganze Testament ungültig gewesen wäre, daß man aber das Umgekehrte eintreten ließ, und sich lieber den Fehler wegdachte, als die Ungültigkeit des letzten Willens aussprach; dies erklärt sich .... aus der Begünstigung der testamentarischen Succession auf Kosten der legitimen."

Vor etwa fünfzig Jahren hat Huschke über unsere Regel einen umfangreichen Aufsatz veröffentlicht.[32]) Die Grundgedanken sind: 1. Im Wesen der Erbschaft liegt eine Beziehung auf die Einheit der Vermögensbestandtheile in der Person des Verstorbenen (universum ius). Die berechtigte Person hat zwei Richtungen ihres Rechts: die persönliche Freiheit (caput) und die Freiheit im Vermögen. Im Tode trennen sich beide Richtungen: das persönliche

30) J. H. Dernburg Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente. Bonn 1821.

31) Da er einerseits kaum einer Widerlegung bedarf, andererseits sich nicht kurz resumiren läßt, muß auf Dernburg S. 311—314 verwiesen werden.

32) Im Rheinischen Museum für Jurisprudenz (1834) VI. Bd. 3. Heft S. 257 ff. Da der Aufsatz nicht augenfällig gegliedert, und ihm auch keine Inhaltsübersicht beigegeben ist, so geben wir an dieser Stelle eine solche, um dem Leser rasche Auffindung einzelner Erörterungen zu erleichtern. I. (S. 257—271) Einleitung. Verschiedene Ansichten, namentlich die von Gans. — II. Um den Grund unserer Regel darzulegen, wird gehandelt: 1. Vom Wesen der Erbschaft und Vererbung (S. 271—282), 2. vom Wesen der Testaments- und der Intestaterbfolge (S. 282—296), 3. von ihrem gegenseitigen Verhältniß (S. 296—301). III. Wirkungen, u. zw. a) solche, die aus unserer Regel unmittelbar fließen, und b) diejenigen, welche mit ihr auf demselben Grunde beruhen (S. 302—325). IV. Ausnahmen (S. 326 ff.) Es gebe nur eine einzige wahre Ausnahme (test. militis) (S. 326—333); die anderen, dem Notherbenrechte angehörigen, seien nur scheinbare Ausnahmen (hierüber sehr ausführlich S. 333—364). V. Kurze Bemerkungen „über die spätere Geschichte unserer Rechtsregel" (S. 365 bis 369).

Digitized by Google

Recht geht in das heilige Recht über (wird dii Manes); die vermögensrechtliche Person dagegen bleibt im ius humanum zurück und bildet die hereditas. Die Vererbung ist eine vermögensrechtliche Fortpflanzung der Familie und trifft die familia, nicht eigentlich die hereditas; aber was vom Erblasser als familia hinterlassen wird, ist nach Seite des Erben hin hereditas. „Eine Folge der persönlichen Natur der Vererbung ist die Untheilbarkeit der letzteren." „Niemand kann einen Sohn zum Theil haben, eine Ehe nur zum Theil abschließen. . . . So kann denn auch Jemandes familia nur entweder ganz oder gar nicht vererbt werden." Die dem Erben zugekehrte Erbschaft aber ist Sache, und theilbar, wie jedes Eigenthum einer (beweglichen) Sache, nämlich pro indiviso, nicht pro diviso. Die Erbschaft ist theilbar, die Vererbung nicht. — 2. Die Testaments-Erbfolge beruht auf dem Princip der Freiheit, die Intestaterbfolge auf dem der Nothwendigkeit; jene hat eine ethische, diese eine physische Grundlage. Im Wesen des deferirenden Willens dagegen sei keine Verschiedenheit: dieser ist ein einseitiger, gesetzgeberischer (lex publica — lex privata) und zwar auch beim test. per aes et libram, das nur formell, nicht materiell ein Vertrag mit dem Erben war. 3. Verhältniß der beiden Berufungsarten: Der Gegenstand der Delation ist die familia, d. i. die vermögensrechtliche Person des Erblassers. Wenn sich Jemand selbst einen Erben ernennt, so thut dies wieder dieselbe Person; „also fallen in dem Acte der Erbesernennung Subject und Object in eines zusammen, die familia will sich dem Erben übertragen, sie vererbt sich selbst; und hiermit ist der Grund unserer Regel gefunden" (S. 296 f.). Wie die Erbschaft objectiv untheilbar ist, ist es „auch der subjective, mit ihr zusammenfallende Wille". „Die familia kann nur entweder ganz oder gar nicht durch sich selbst, d. i. durch ein Testament vererbt werden."

Der richtige Kern dieser Gedanken, aus der mystischen Verhüllung befreit, ist m. E.: die durch die Person des Erblassers gegebene Einheit des Vermögens, und die primär persönliche Seite der Beerbung.[33]) Daraus läßt sich allerdings erklären, warum Niemand pro parte testatus decedere potest, nicht aber, warum

33) Vgl. auch unseren Commentar II. S. 6 ff.

Digitized by Google

die unvollständige Anordnung, statt ungültig zu sein, übergültig ist.

Ueber jene Mystik nun hat Ihering die volle Schale seines Spottes ausgeschüttet[34]); und an anderer Stelle[35]) sich dahin geäußert, daß „über die Bedeutung" des Satzes nemo p. p. „in unserer Literatur so viel völlig Ungesundes und Abenteuerliches zu Tage gefördert ist". Aber sein eigener Erklärungsversuch[36]) wird nur sehr Wenige überzeugen; er ist kein glücklicher Gedanke des großen Rechtshistorikers. Ohne jenen Satz (sagt er) „hätte jeder Testator das Volk hintergehen und seine Zustimmung zu Anordnungen erschleichen können, die dasselbe bei Vorlegung des gesammten Successionsplans nie gebilligt haben würde, mittelst seiner war dafür gesorgt, daß ein Testator, der das Volk betrügen wollte, sich selber betrog und sich in seinen eigenen Schlingen fing."

Ebenso wenig glücklich ist die Erklärung von Hahn.[37]) Der Testator mache den Eingesetzten zum quasi suus.[38]) Der Satz nemo pro parte ꝛc. soll bedeuten: „sowie Niemand zugleich nach natürlichem Suitätsrecht und von Agnaten beerbt werden kann, so ist auch die agnatische Erbfolge neben der künstlichen Suitätsfolge nicht möglich." —![39]) Bestechender schon ist die hier anklingende, von Anderen geradezu ausgesprochene Ableitung des nemo p. p. aus

---

34) Diese Auslassungen sind jetzt abgedruckt in dem geistvollen Buche „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz" S. 20 ff.

35) Geist des röm. Rechtes III. S. 141.

36) Ebenda S. 141 f. Dagegen Hölder Beiträge S. 154—156.

37) Fdch. v. Hahn Die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprincipien (1856) S. 523 ff.

38) Gleichwohl verwirft Hahn die bekannte Hypothese von Gans über die Adoptionsnatur der ältesten Erbeinsetzung.

39) Um die Ansicht Hahn's genau zu verstehen, muß man allerdings S. 518—537 im Zusammenhange lesen; sie wird aber auch dann kaum plausibler erscheinen. So ist es (um nur Eines zu erwähnen) gewiß nicht richtig, daß man zur Vorstellung der Einheit des Nachlasses, der „Verbindung aller einer Person zustehenden Vermögensrechte zu einem Ganzen", durch Abstraction der ihnen allen gemeinsamen Eigenschaft „Werth" gelangt sei. Auffallender Weise begegnet man dieser Ansicht auch bei Kuntze, Ueber die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlaßstücke. I. §. 5. Jene Verbindung und Einheit ist ja doch in der natürlichsten Art durch die Identität des Eigenthümers gesetzt; es ist eben das N. N.'sche Vermögen.

Digitized by Google

der Regel: in legitimis hereditatibus nulla successio. Aber auch diese Erklärung setzt die (erst zu erklärende) Gültigkeit des Testamentes voraus.

Hölder[40]) hat manches Treffende zur Kritik fremder Ansichten beigebracht, seine eigene Erklärung aber (S. 162 f.) befriedigt nicht. Aus der Haftung für die Schulden ergebe sich die Unmöglichkeit partieller Unbeerbtheit. Daraus folge wieder die Unzulässigkeit partieller testamentarischer Berufung, wegen der Unsicherheit ihrer Ergänzung durch den Antritt gesetzlicher Erben. Wenn auch der Testator den Rest diesen überlassen wollte, so dulde dies das Gesetz nicht; die gesetzliche Erbfolge sei die absolut subsidiäre; dem Accrescenzrecht sei der Vorzug gegeben vor der der testamentarischen succedirenden gesetzlichen Erbfolge.[41])

Sind dies unhaltbare Hypothesen, so steht es mit anderen Erklärungen selbst angesehener Juristen noch schlimmer. Geradezu absurd ist z. B. die Behauptung Keller's[42]): Statt das unvollständige Testament für ungültig zu erklären, sei die Annahme „so viel natürlicher und wahrscheinlicher", daß der Erblasser sich nicht ganz richtig ausgedrückt habe, und wenn er Jemanden z. B. auf die Hälfte eingesetzt hat, so habe er ihn doch eigentlich zum ganzen Nachlaß berufen wollen.

Meinem Versprechen getreu übergehe ich hier eine Menge anderer mißlungener Erklärungsversuche und schließe mit folgenden

---

40) Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes (1881). Abhdlg. IX: Nemo pro parte . . . (S. 152—163).

41) Die neueste Schrift: Dr. Leo Moses, „Läßt sich die Regel: Nemo pro p. test. pro p. intest. decedere potest auch auf das Testament eines Haussohnes über sein castrense und quasi castrense peculium anwenden?" behandelt nur diese Frage, unser Problem aber gar nicht. Zwar wird es im §. 2 gestreift, wobei die Ansichten von Thibaut und von Hölder abgelehnt werden; die Ansicht des Vf. aber erfahren wir nicht. S. 43 äußert er sich dahin: daß er von keinem der bisherigen Erklärungsversuche befriedigt sei. „So müssen wir denn den Plan, aus dem Grunde, der ratio, des Satzes sein Geltungsgebiet zu bestimmen, aufgeben." Also ganz so, wie unter den Aelteren Herm. Baumeister Das Anwachsungsrecht unter Miterben (1829) S. 109: „Die verschiedenen Hypothesen über jenen Satz sind hinlänglich bekannt und widerlegt, und ich gestehe, daß ich keine neue mir selbst genügende darüber aufzustellen habe."

42) Pandekten §. 460.

Digitized by Google

allgemeinen Bemerkungen: 1. Die meisten Erklärungen jener Regel sind schon darum offenbar falsch, weil aus ihnen die Ungültigkeit des Testamentes mit Nothwendigkeit folgen würde.[43]) 2. Andere sprechen bald von Untheilbarkeit, bald von Einheit[44]) des Vermögens, ohne sie tiefer zu begründen, oder so, daß die Unmöglichkeit von Miterben ebenso gut begründet werden könnte. Die Zersplitterung in einzelne Bestandtheile träte ja auch dann nicht ein, wenn man den unvergebenen Rest an die Intestaterben fallen ließe. Eine Theilung nach Quoten aber tritt ja auch sonst ein. Eine Argumentation, die zuviel beweist, beweist nichts. Und doch liegt die Wahrheit in dieser Richtung. Nur muß man weiter gehen und einsehen, daß es zwar Miterben, aber nach römischer Vorstellung keine Theilberufung gibt, sondern daß immer erst „partes concursu fiunt". 3. Allgemein wird in die römische Regel etwas hineingelegt, wovon sie doch kein Wort sagt: nämlich die Gültigkeit (Uebergültigkeit) des Testamentes. Die Regel constatirt aber nur die Unstatthaftigkeit partieller testamentarischer Verfügung; welche Folge die Außerachtlassung dieses Grundsatzes habe, sagt sie nicht. 4. Damit hängt zusammen, daß man für diese Unstatthaftigkeit und jene Uebergültigkeit eine einheitliche Erklärung sucht, weil man nur ein Problem sieht, wo doch in Wahrheit zwei vorliegen, deren jedes für sich geprüft sein will. Der Grund der Unstatthaftigkeit liegt in der persönlichen Seite der Beerbung; der Grund der Uebergültigkeit in der historischen Thatsache des favor testamenti. 5. Windscheid (§. 537) lehrt: „Der Grundsatz der Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung .... macht die Erbfolge der Intestaterben auch in dem Falle unmöglich, wo der Erblasser seine Verfügung durch eine Bedingung oder Befristung beschränkt hat." D. h. die Intestaterben werden auch vor bez. nach Eintritt der Bedingung oder Befristung nicht zugelassen. Er fügt aber (in Note 3) hinzu, daß die Ableitung dieser Sätze aus jenem Grundsatze nicht quellenmäßig und auch entbehrlich sei, da sie sich auch

43) Besonders auffallend ist dies bei Köppen, Erbrecht S. 273 f. Die Absicht brauche nicht nothwendig dahin zu gehen, den Rest den gesetzlichen Erben zu lassen u. s. w. Jene „Halbheit, Ungewißheit", von der er spricht, ließe doch Ungültigkeit erwarten.

44) Z. B. Schirmer Röm. Erbrecht S. 54 und Note 19.

Digitized by Google

aus dem semel heres s. h. erklären. Die Ableitung aus diesem letzteren Grundsatz sei die natürlichere bei der auflösenden Bedingung und Befristung[45]), die Ableitung aus dem nemo pro p. sei die zutreffendere bei der aufschiebenden Bedingung und Befristung.[46]) — Diese schwankenden Aeußerungen ermangeln der diesem Rechtslehrer sonst eigenen Klarheit und Entschiedenheit. In früheren Zeiten war es gebräuchlich, die Unzulässigkeit einer zeitlich beschränkten Erbeinschränkung mit der Regel nemo pro parte . . . in Zusammenhang zu bringen (s. S. 119 vor N. 26) und es ist dieses keineswegs ohne Anhalt in den Quellen.[47]) Sagt doch Tryphoninus (L. 41 pr. D. de test. mil. 29. 1): . . . ex certo tempore et usque ad certum tempus milites posse instituere heredem, his consequens est, ut, antequam dies veniat, quo admittatur institutus, intestati hereditas deferatur, et quod in bonorum portione ei licet, hoc etiam in temporis spatio . . . . . ex eodem privilegio competat. Erst in diesem Zusammenhange wird eine merkwürdige Stelle aus Paulus verständlich: Potest quis ita heredem instituere: 'si intra annum septuagesimum decessero, ille mihi heres esto'; non enim pro parte testatus intelligi debet, sed sub condicione instituisse. L. 57 (56) D. de hered. instit. 28. 5. Paulus meint: Hier liegt ja kein dies vor, sondern eine Bedingung, bei der (im Unterschiede vom dies) Rückziehung stattfindet, so daß man hier nicht sagen könne, es klaffe hier eine Zeitlücke, für welche es an einer letztwilligen Ordnung der Schick-

---

45) Gleichwohl sagt Windscheid an späterer Stelle (§. 554 N. 18), ein Uebergang der Erbschaft (nach eingetretener Res. Bed.) auf die Intestaterben sei schon mit dem Grundsatze der Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung nicht verträglich.

46) So wenigstens verstehe ich den dunkelen Schlußsatz der Note 3 (des §. 537). In §. 554, Note 1 sagt Windscheid: „Uebrigens sind die Intestaterben bei bedingter Erbeseinsetzung auch schon deßwegen ausgeschlossen, weil, wenn sie einmal Erben geworden wären, sie nicht wieder aufhören könnten, Erben zu sein."

47) Dieses wird übersehen sowohl von Dernburg (sen.) Beiträge zur Gesch. d. röm. Testamente S. 307 N. 11 („In den Gesetzen selbst wird nirgends auf diese Regel Bezug genommen"), als von Windscheid (§. 537 N. 3), so verschieden sich Beide über die meritorische Frage aussprechen. — Vgl. unseren Commentar II. S. 606.

Digitized by Google

sale des Nachlasses fehlt. Die Schulregel Nemo pro parte bonorum vel temporis testatus, p. p. int. dec. p. ist also der Sache nach nicht unrömisch. — Gleichwohl halte auch ich die Ableitung der obigen Sätze aus dem semel h. s. h. für die in allen Fällen richtigere. Im Falle des dies a quo, des dies ad quem und der Resolutiv-Bedingung ist es ja offenbar, daß, wenn man vorher bez. nachher Intestaterben eintreten ließe, dieses gegen die Regel semel h. s. h. verstoßen würde. Aber auch bei der Suspensiv-Bedingung ist es nicht anders[48]); denn ihre Zwischenherrschaft impleta condicione wegfingiren, wäre doch auch keine Respectirung jenes Grundsatzes! Nun fragt es sich noch, ob der Satz semel h. s. h. nicht selbst ein bloßer Folgesatz der Regel nemo pro parte sei. So lange man an Fälle denkt, wo der testamentarische den gesetzlichen Erben ablösen soll, oder umgekehrt, könnte es so scheinen. Sobald man aber an Fälle denkt, wo Vorerbe und Nacherbe in einer und derselben Anordnung eingesetzt sind, wird die Selbständigkeit des Grundsatzes semel h. s. h. sogleich klar.[49]) — Gegen die Ableitung der Unzulässigkeit zeitlich begränzter Einsetzung aus dem nemo pro p. haben sich ausgesprochen J. H. Dernburg[50]) und Huschke.[51])

IV.

Nach diesem kritischen Excurse wollen wir nun die eigne Ansicht, die Ergebnisse unserer bisherigen Untersuchung kurz zusammenfassen.

Die persönliche Seite (Repräsentation) ist die primäre, die Schicksale des Nachlasses, die Vertheilung desselben, sind die secundäre Seite der römischen Erbfolge; m. a. W. primär ist das Verhältniß des Erben zum Erblasser, secundär das zum Nachlaß. Der Erblasser kann seinen Repräsentanten wählen, aber nicht theilweise Repräsentation anordnen. Er kann daher die Erbschaft nur Einem oder Mehreren zusammen ungetheilt zukommen lassen. Die

48) S. auch die soeben citirte Aeußerung von Windscheid.

49) Die Differenz zwischen der Ansicht des Vf. und der von Windscheid betrifft nicht die Regel semel heres semper h., sondern den Umfang des Satzes nemo pro p.

50) A. a. O. S. 307 fg.

51) Im Rheinischen Museum VI. S. 259 N. 3, S. 320 ff.

Digitized by Google

etwaigen „certae partes“ sind eben „partes pro indiviso“ und betreffen zunächst das innere Verhältniß unter den condomini hereditatis, geben die Proportion an für ihre Betheiligung an der communio. Eine unvollständige testamentarische Erbvertheilung ist unzulässig, weil auch bei einer vollständigen eine Berufung auf absolute, d. h. fest abgegränzte und abgesonderte Theile nicht statthaft ist; partes concursu fiunt: es gibt eine Mitberufung, aber keine Theilberufung[51a]); und schon darum ist die Regel „heres quandocunque hereditatem etc.“ (L. 54 D. de adquir. hered. 29. 2) in gewissem Sinne eine nothwendige. (Vgl. oben S. 92 fg.) Damit ist nicht nur die Regel „nemo pro p.“, sondern auch die andere „nemo cum pluribus testamentis decedere potest“ erklärt, von welcher ebenfalls zu Gunsten des testator miles eine Ausnahme gemacht war, was Ulpian richtig daraus erklärt, daß für den miles auch das „nemo pro parte“ nicht galt (L. 19 pr. D. de test. mil. 29. 1). Sowohl das „nemo pro parte“ als das „nemo cum pluribus test.“ ist enthalten in der Regel: „Jede testamentarische Berufung gilt als eine ausschließliche.“ Diese selbst ist aber ein Folgesatz der noch allgemeineren Regel der einheitlichen Berufung (Eines oder Mehrerer) zur successio in das dominium hereditatis. Diese Regel hat die nationale Vorstellung, der sie ihre Entstehung verdankt, lange überdauert. Die „Accrescenz“ beweist beides: die Fortdauer des Satzes und die Verdunkelung der ursprünglichen Anschauung; denn sie deutet auf einen neuen Zuwachs, während (wie wir oben gesehen haben) ein neuer Erwerb hier in Wahrheit nicht stattfindet.

Nicht erklärt dagegen wird durch diese Betrachtungen die Gültigkeit des fehlerhaften (nämlich gegen jene Regel verstoßenden) Testamentes. Diese ist Folge des favor testamenti, welcher viel objektiver genommen werden muß, als gewöhnlich geschieht. Er bedeutet nämlich nicht Pietät für den Erblasser, sondern Begünstigung der testamentarischen Erbfolge. Nicht die ultima voluntas in concreto, sondern die ultima voluntas in abstracto wird respektirt.

Ein Gegenstück zu dem „nemo pro parte testatus p. p. int. d. p.“ ist die Regel „nemo hereditatem pro parte scindendo adire potest.“ Der Erblasser kann nicht theilweise testiren, der

51a) Darin unterscheidet sich der Miterbe vom legatarius partiarius.

Digitized by Google

Delat nicht theilweise annehmen. Dieser kann noch weniger als Jener Theile machen; partes concursu fiunt, was auf ihn entfällt, muß er ganz oder gar nicht nehmen.

Qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest. Sed et si quis ex pluribus partibus in eiusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam adgnoscere. (L. 1. 2 D. de adquir. v. om. hered. 29. 2.) Wenn daher der unmündige Sohn den Vater beerbt, aber auch anderweitiges Vermögen hinterlassen hat, so kann der Pupillar-Substitut sie nicht trennen; „separare hereditates .... non potest; sed aut utriusque hereditatem debet habere aut neutrius; iuncta enim hereditas coepit esse. (L. 10 §. 2 D. de vulg. et pupill. subst. 28. 6.) Ebensowenig kann der auf $^1/_3$ Berufene seinen Erwerb auf $^1/_6$ einschränken; jedes scindere und separare ist verboten, ob es nun partes quantae oder quotae betrifft.

Die Folge einer vitiosen Antretung wäre — möchte man meinen — Ungültigkeit, um so mehr, als diese in der Mehrzahl der Fälle (Mangels gesetzlicher Präclusivfristen für die Antretung) harmlos gewesen sein würde: der Delat hätte eben, wenn er doch erwerben wollte, nur eine neue Erklärung abzugeben gebraucht. Aber im römischen Rechte findet sich die entgegengesetzte Entscheidung: der Antretende ist sofort an die Erbschaft gebunden, seine fehlerhafte Annahmeerklärung ist nicht ungültig, sondern übergültig. Si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse. L. 10 D. h. t. 29. 2. Adeundo unam portionem omnes adquiro. L. 80 §. 1 D. eod. Hierin macht sich wieder die Begünstigung der testamentarischen Erbfolge geltend. Man kann dieses sowohl eine Begünstigung des Erwerbes aus dem Testamente als auch einen favor testamenti nennen; letzteres, weil die destitutio testamenti ausgeschlossen ist, sobald nur irgend ein Theil der Erbschaft angenommen ist.

Während es sich früher um die Willenserklärung des Erblassers gehandelt hat, handelt es sich hier um die des Erben. Der Parallelismus zwischen den hier und dort geltenden Rechtssätzen ist augenfällig, wir dürfen sie also als Seitenstücke bezeichnen.

Sind sie aber nicht vielleicht nur Folgesätze aus der Regel nemo pro parte?

Digitized by Google

Wenn man an einen heres solus denkt, scheint es so; denn der von ihm abgelehnte Theil müßte an die gesetzlichen Erben fallen. Wie aber, wenn ein Vulgar-Substitut da ist? Hier schon zeigt sich die Selbständigkeit der Regel „nemo scindendo hereditatem adire potest“; immerhin aber erscheint sie sehr natürlich. Wie aber wenn der Erblasser selbst den heres auf mehrere Erbtheile eingesetzt hat? (beiläufig gesagt, eine dem älteren Rechte sicherlich fremde Künstelei[52]), abgesehen von dem Falle, wo ein institutus einem anderen substituirt ist) wie beim heres solus? und wenn ein Substitut da ist? oder wenn er gar für den Theil, der abgelehnt wird, substituirt ist? Man könnte allerdings zweifeln, und namentlich mit dem letzteren Falle geneigt sein, von der Strenge jener Regel abzugehen. Gewiß kann man das „nemo pro parte“ hier nicht einmengen. Bisher sprachen wir vom einzigen institutus. Wenn aber mehrere da sind, entstehen andere Zweifel. Lehnt Einer, dem zwei Portionen deferirt sind, eine ab, so braucht deshalb nicht Intestat-Erbfolge einzutreten, sondern der Theil accrescirte dann den Anderen (ein Theilestheil also ihm selbst). Und in der That sind in diesen complicirteren Fällen Zweifel unter den römischen Juristen entstanden, wie dies ausdrücklich und deutlich erzählt wird in L. 20 Cod. de iure deliber. 6. 30. . . . quaerebatur apud veteres . . . . ; dubitabatur, wo mit den „veteres“ natürlich die classischen Juristen gemeint sind. Mit Recht aber siegte die einfache und durchgreifende Behandlung. Paulus lehrt (L. 80 pr. §. 1 D. h. t. 29. 2): Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum, nec interest, in quibusdam habeam substitutum necne. Idem puto etiam, si aliis mixtus heredibus ex pluribus partibus heres institutus sim, quod et hic adeundo unam portionem omnes adquiro, si tamen delatae sint. Und Justinian bestätigte diese und die analogen Entscheidungen in L. 20 §. 2 cit. Placuit enim nobis, sive in institutionibus, sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur vel omnia repudientur. Vgl. L. 35 pr. D. h. t. 29. 2; L. 6 Cod. de impub.

52) Am ehesten läßt sich die Aussetzung zweier partes für denselben Erben dann rechtfertigen, wenn er auf einen Theil bedingt, auf den anderen unbedingt eingesetzt ist. Es bedeutet dieses, daß im Falle x nach einer für den N günstigeren Proportion getheilt werden solle, als im Falle nicht-x.

Digitized by Google

et de aliis substit. 6. 26. L. 59 §. 5 D. de hered. instit. 28. 5. L. 10 §. 3 D. de vulg. et pup. subst. 28. 6.

Selbst in einer Zeit, wo die ursprüngliche Vorstellung von der einheitlichen Berufung etwas getrübt war[53]), hat sie doch noch diese richtigen Entscheidungen diktirt, bei welchen allerdings auch ein anderer Gedanke mitwirkte: nämlich, daß der Delat sich nicht auflehnen solle gegen den Willen, dem er seine Berufung verdankt.

Das unzweifelhafte Resultat dieser Betrachtung aber ist: daß obige Entscheidungen nicht Folgesätze aus der Regel nemo pro parte test., obgleich mit ihr verwandt sind. Die Regel „nemo hereditatem scindendo adire potest" ist jener anderen coordinirt, nicht subordinirt.

Gleiches gilt, wie wir gesehen haben, von der Accrescenz: sie folgt nicht aus der Regel „nemo pro parte", sondern hat mit ihr denselben Grund: die einheitliche Delation. Wir haben gesehen, daß und warum der Testator (so wichtig auch sein Wille für die Gestaltung der Accrescenz ist) sie nicht direct verbieten kann (arg. a contr. aus L. 37 D. de test. mil. 29. 2; cf. L. 13 §. 2 D. de hered. inst. 28. 5: „potestate iuris"). Noch viel weniger ist die Accrescenz vom Willen des Erben abhängig: L. 2 §. 8 D. de B. P. sec. tab. 37. 11. L. 31. L. 53 §. 1 D. h. t. 29. 2. L. un. Cod. de cad. toll. 6. 51. Er kann die Accrescenz so wenig ablehnen, als die Portion spalten. Ist er ja doch mit den Anderen zusammen zum Ganzen berufen; es ist ihm so viel deferirt, als nicht anderweitig mit Erfolg vergeben ist. Nach dieser unserer Darstellung ist der Satz, daß die Accrescenz von selbst und unabweislich sich vollziehe, eine Consequenz des Rechtssatzes: nemo hereditatem scindendo adire potest.

Wir haben oben (S. 65) gesehen, daß die Accrescenz auf eine Substitution nicht zurückgeführt werden kann; aber in dem von selbst und unabweislich sich vollziehenden Erwerb liegt der Unterschied nicht; darin stehen sich beide Fälle ganz gleich. Testamento iure facto multis institutis heredibus et invicem substitutis, ad-

---

53) Wie wir schon oben (bei N. 13) gesehen haben, und wie auch die Setzung mehrerer partes für denselben Erben zeigt, welche aber der proportionalen Bedeutung der partes nicht schlechthin widerstrebt (s. vorige N.).

Digitized by Google

euntibus suam portionem coheredum etiam invitis repudiantium adcrescit portio. L. 6 Cod. de impub. et de aliis subst. 6. 26.

Wenn der Delat — nicht „per errorem (L. 75 D. h. t. 29. 2.) — einen noch so kleinen Theil annimmt, so hat er alles ihm Angefallene erworben. Darin sind zwei Sätze enthalten: a) er kann seinen Erwerb nicht beschränken; b) thut er es dennoch, so gilt zwar der Erwerb, aber nicht die Beschränkung. Der erste Satz folgt aus der Berufung zur Repräsentation des Erblassers, der zweite aus dem favor testamenti. So ist denn die Analogie zwischen der Vergebung der Erbschaft und ihrer Annahme, zwischen der Willenserklärung des Berufenden und des Berufenen eine vollständige.

V.

Zwar hat ein mit Recht angesehener Rechtshistoriker unserer Zeit die Behauptung aufgestellt[54]), daß die institutio ex re certa die normale alte römische Erbeinsetzung gewesen sei, die erst allmälig durch das „System abstracter Erbeinsetzung" (die institutio sine partibus und die inst. ex certis partibus hereditatis) verdrängt worden sei. Aber es ist dieses eine, gerade im Munde dieses Autors befremdende, gewiß unrichtige Behauptung — wie so viele andere aus neuester Zeit, durch welche den Römern germanisch naive Vorstellungen unterschoben werden.[55]) Die naturalistische Denkungsweise, die dabei vorausgesetzt wird, war dem abstracter veranlagten Römervolke fremd. Die Grundprincipien und die ganze

54) Kuntze, Ueber die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlaßstücke (institutio ex re). (Leipziger Programm 1875.)

55) Dahin zähle ich die Behauptungen von der relativ späten Ausbildung der Universal-Succession, von der ursprünglich nicht erbrechtlichen Bedeutung der usucapio pro herede u. dgl. Es ist überhaupt eine mit der Darwinischen Lehre zusammenhängende Mode (obgleich Viele kein Bewußtsein von diesem Zusammenhange haben), sich die Anschauungen alter Völker recht plump und handgreiflich zu denken, ein Irrthum, den die Geschichte der alten Culturen hundertfältig widerlegt. Abstractes Denken und ideales Fühlen setzt kein Raffinement der äußerlichen Cultur voraus, sondern ist Volksanlage. Auch gibt es einen Realismus, der nicht Ursprünglichkeit, sondern Blasirtheit verräth, Produkt der Ueberbildung ist; so z. B. die bekannte alberne Bemerkung des Seneca de benefic. 6. 5.

Digitized by Google

Structur des Erbrechtes widersprechen dieser Hypothese[56]), so namentlich die Regel nemo pro p. und der Uebergang der Schulden auf die Erben.[57]) Hätte das römische Testamentsrecht wirklich mit solchen Vergabungen begonnen, dann müßte unter anderem auch die Scheidung der beweglichen und unbeweglichen Habe im römischen Erbrechte ähnlich wie im germanischen, von großer Bedeutung gewesen sein, während bekanntlich die Gleichgültigkeit gegen diesen Unterschied für das römische Recht (und nicht bloß das Erbrecht) charakteristisch ist. Kuntze (S. 4 f.) hat gegen Neuner eingewendet, daß die institutio ex re certa älter sei, als das Fideicommiß, und fragt: „wie im Leben ein Institut möglich war, wenn es jener Zeit undenkbar erschien?" M. E. hat man sich Anfangs damit begnügt, die rei mentio zu streichen und den certarum rerum heres als schlechthin (sine parte) eingesetzt zu behandeln. Das Bestreben, den concreten Willen möglichst zu beachten, ist überhaupt dem ältesten Erbrecht fremd (s. S. 106). Als es sich geltend machte, fanden sich vielleicht auch schon vor ausgebildeter Fideicommißlehre Mittel, ihm zu genügen, in dem iudicium familiae erciscundae. War dies nicht der Fall (worüber wir ja nichts Sicheres wissen), so hatte es eben bei der detracta rei mentio sein Bewenden, während Neuner (S. 60) annimmt, daß die Verfügung Anfangs ungültig war. Der Vorwurf des Anachronismus trifft ihn aber nicht, da er seine Construction ausdrücklich in die Zeit „seit erstarkter Fideicommißtheorie" verlegt.

Der Erbe ist der Nachfolger des Verstorbenen in der Herrschaft über das Vermögen; er repräsentirt ihn; eine Einsetzung auf eine bestimmte Sache ist daher ein Widerspruch in sich selbst.[58]) Der uns Modernen nächstliegende Ausweg, eine solche Honorirung als ein Vermächtniß zu behandeln, war den römischen Juristen verschlossen, sowohl wegen scharf ausgeprägter und volksthümlicher

---

56) Vgl. auch Brinz in der Krit. Vjschft. XVII. S. 569 ff.

57) Der letzteren Schwierigkeit sucht sich Kuntze dadurch zu entledigen, daß er den bekannten Zwölf-Tafel-Satz als solchen leugnet oder doch anzweifelt (S. 21). — Während Kuntze in diesem Satze, wenn er richtig wäre, den einzigen Punkt sieht, in welchem „schon der Gedanke der Universal-Succession aufblitzt" — sehen wir in ihm den einzigen Punkt, wo in die Consequenz der Universal-Succession ein Bruch gemacht ist. S. Grünhut's Ztschft. VIII. S. 561 fg.

58) Windscheid §. 553 bei N. 2a.

Digitized by Google

Bedeutung von „heres“, als auch wegen der certa verba solennia der Legate. Es bleiben also nur zwei Möglichkeiten: die Erbeinsetzung für ungültig zu erklären, oder die Einschränkung auf die res certae zu streichen. Bekanntlich hat das römische Recht auch hier nicht für die Ungültigkeit, sondern für die „Uebergültigkeit“ sich entschieden — eben wegen des favor institutionis. Nie hätte bezweifelt werden sollen, „daß hier eine an sich eigentlich ungültige Verfügung nur aufrecht erhalten wird. Dies erhellt daraus, daß man ein detrahere, also einen Ausweg für nöthig erachtet hat[59]) . . .“; und es ist ausdrücklich bezeugt von Scävola in der oben angeführten L. 19 D. de liberis et post. 28. 2. Cf. L. 1 §. 4 D. de hered. inst. 28. 5; l. 41 §. 8 D. de vulg. et pup. subst. 28. 6[60]); l. 30 (29) D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Die Analogie mit dem hinsichtlich einer unvollständigen testamentarischen Berufung Gesagten ist so evident, daß darüber kein Wort zu verlieren ist.

VI.

Das alte Recht verlangt klare, einfache Rechtsverhältnisse, weshalb z. B. die Voraussetzungen des Rechtserwerbes gleichzeitig vorhanden sein mußten, wovon die regula Catoniana die bekannteste Anwendung ist.[61]) Bedingungen und Befristungen compliciren aber die Rechtsverhältnisse und sind nur bei obligatorischen Verträgen von Anfang an Bedürfniß. Daraus erklärt es sich, daß gerade die wichtigsten Geschäfte des alten römischen Rechtes weder condicio noch dies vertragen haben, wovon die berühmte L. 77 D. de R. J. ein Nachklang ist. Wir können hier auf den endlosen Streit über die Gründe, warum gerade bei den dort aufgezählten Geschäften der alte Satz auch noch im classischen und späteren Rechte festgehalten

59) Neuner S. 46.

60) Den Anfang dieser Stelle macht Kuntze für sich geltend, aber einmal kann mit dem „non cum vitio“ die Gültigkeit ausgedrückt sein (Brinz a. a. O. S. 573 fg.) und dann ist es nicht von unserem Falle gesagt; das „nam et qui“ ist mit „denn selbst derjenige“ zu übersetzen, oder mit „bekommt doch selbst der . . .“

61) S. die lehrreichen Ausführungen von Ihering, Geist des röm. Rechtes III. §. 53; vgl. auch H. Dernburg, Pfandrecht I. S. 234 fg.

Digitized by Google

wurde, nicht eingehen[62]); es ist aber auch um so leichter zu vermeiden, als diese Frage offenbar verschieden ist von der nach dem anfänglichen Rechtszustand. So bringt Fitting das Verbot der Bedingung bei der mancipatio direct mit dem obigen Gedanken in Zusammenhang, während Enneccerus den Grund in der eigenthümlichen Form der mancipatio sucht[63]), gleichwohl aber die hier an die Spitze gestellte Grundanschauung im weitesten Sinne als richtig anerkennt.[64])

M. E. waren dem ältesten römischen Rechte bedingte und betagte letztwillige Zuwendungen fremd. Dafür spricht der Satz „certum esse debet consilium testantis" — zwar nicht an sich, aber bei der eigenthümlichen Deutung, welche die Römer ihm gegeben haben. Jedenfalls aber waren solche Anordnungen in der Zeit der ursprünglichen Form des testamentum per aes et libram schon durch diese Form ausgeschlossen. Diese früher verbreitete Ansicht scheint heutzutage von den Meisten aufgegeben zu sein — wie mir scheint, ohne genügenden Grund. Allerdings hat Huschke (S. 325) die Ansicht in den stärksten Ausdrücken verworfen, wodurch er tonangebend für die Späteren wurde und z. B. Mühlenbruch, so zu sagen, eingeschüchtert hat. Zwar erklärt dieser es auch noch im 41. Bd. des Glück'schen Commentars S. 47 fg. (wie früher in seinen Lehrbüchern) für „in hohem Grade wahrscheinlich", daß testamentarische Anordnungen keine Bedingungen vertrugen, wobei er aber Huschke „gerne zugibt, daß die gewöhnlich dafür angeführten

62) Darüber Fitting im Civil. Archiv 39. Bd. S. 339 ff.; Enneccerus Ueber Begriff und Wirkung der Suspensiv-Bedingung und des Anfangstermines (Göttingen 1871) S. 5—84.

63) Man kann dies zugeben, ohne jenes zu verwerfen; dieselbe Rechtsanschauung, welche den Nebenbestimmungen abhold war, hat eben Rechtsformen ausgeprägt, in welchen für diese kein Platz war.

64) S. 28: „Zwar gebe ich unbedingt zu, daß jene Tendenz nicht nur im früheren Rechte der Römer, sondern überhaupt in jedem jugendlichen Rechte in weit höherem Maße sich geltend macht, als in der Zeit der späteren Entwicklung. Ja, ich gehe noch weiter und glaube sogar, daß dieser Drang zur Bestimmtheit und Greifbarkeit der Rechtsverhältnisse in allerältester Zeit mächtig genug gewesen ist, um gleichsam von selbst, ohne ein bestimmtes Verbot, die Bedingungen aus dem gesammten Rechtsverkehr zu verbannen." E. geht also noch weiter, als wir — und er geht wohl zu weit, wie die uralte italische, noch heute fortdauernde Neigung zur Wette, und der Hinblick auf Obligationen- und Proceßrecht wahrscheinlich macht.

Digitized by Google

Gründe nicht überzeugend sind". Mit der Wendung „Sei dem, wie ihm wolle" schlüpft er darüber hinweg, während er sonst ähnliche Fragen eingehend zu besprechen pflegt. Und doch hätte er besser gethan, sich die Gegengründe Huschke's etwas genauer anzusehen. Es sind drei: 1. In L. 77 cit. sei nicht „mancipatio", sondern „emancipatio" zu lesen. 2. Die Erbeinsetzung sei mit der mancipatio nicht identisch und durch Fragm. Vatic. §. 50 sei bezeugt, „daß unter einer Mancipation auch bedingte und mit einem dies versehene Bestimmungen gültig verabredet werden konnten". 3. Bei der gegentheiligen Annahme müßte „auch später die Erbeseinsetzung mit einer Zeitbestimmung nichtig gewesen (sein), während doch umgekehrt die Zeitbestimmung nicht galt". Darauf ist zu erwidern:

Zu 1. Allerdings ist die Lesart emancipatio für die Justinianische Compilation vorzuziehen, was noch nichts für den ursprünglichen Text Papinian's beweist. Uebrigens ist dies ganz gleichgültig. Niemand kann heute bezweifeln, daß auch die mancipatio zu den actus legitimi gehört, welche non recipiunt diem vel condicionem. Dafür sprechen so entscheidende innere Gründe, daß das Quellenzeugniß (Fragm. Vatic. §. 329) nur in zweiter Linie in Betracht kommt.

Zu 2. Fragm. Vatic. §. 50 bezeugen, daß die deductio bei der Eigenthums-Uebertragung durch mancipatio durch eine aufschiebende oder zielsetzende Bedingung oder Befristung eingeschränkt werden konnte. Aber die Einschränkung der Einschränkung kommt dem Hauptgeschäfte zu Gute, ist nicht etwa eine Einschränkung seiner primären Wirkung.[65]) Und selbst dies wird von Paulus als ius controversum vorgetragen, woraus mit Gewißheit folgt, daß in alter Zeit (also einige Jahrhunderte früher) solche Complicationen unzulässig waren. — So lange familiae emtor und heres dieselbe Person waren, hätte die Bedingung die mancipatio familiae direct betroffen, und mußte deshalb unstatthaft sein.[66]) Als der familiae

65) Vgl. auch Ennecerus S. 16 und 30.

66) Freilich soll diese mancipatio nicht sogleich wirken, sondern erst nach des Erblassers Tode, wenn der f. emtor ihn überlebt. Aber diese Bedingung und jene Befristung sind dem Geschäfte immanent, nicht durch des Verfügenden Willkür gesetzt. Sie werden deshalb auch gar nicht als condicio und dies ausgesprochen, sondern es wird das Recht des familiae emtor anders definirt, als bei einer Uebertragung unter Lebenden. Vgl. Danz II. S. 115 fg.

Digitized by Google

emtor zum bloßen Treuhänder und endlich zum Zeugen herabsank, änderte sich dies, und erschienen, wie die Legate so Anfangs auch die Erbeinsetzungen als leges mancipationis, ähnlich der deductio. Daher konnten Nebenbestimmungen nun Anerkennung finden, wurden aber nur allmälig und mit Auswahl zugelassen.[67]) Damit ist auch schon der Einwand unter

3. beantwortet; nur ist noch zu bemerken, daß Unzulässigkeit und Ungültigkeit nicht dasselbe sind — weil eben der favor testamenti an die Stelle der Ungültigkeit auch hier die Correctur der Anordnung setzte.

Es sind hier drei Fragen zu scheiden: I. Welche Anordnungen sind statthaft, welche nicht? II. Was geschieht im Falle einer unstatthaften Anordnung? III. Was geschieht im Falle einer statthaften A. vor oder nach der Zeit, auf welche die Honorirung eingeschränkt ist?

I. a) Daß die Erbeinsetzung auch im spätesten Rechte nur eine Suspensiv-Bedingung, aber weder eine Resolutiv-Bedingung[68]), noch einen dies a quo, noch einen Endtermin verträgt, ist allgemein anerkannt. Nur hat man in der späteren Zeit, die den Willen des Testators thunlichst zu verwirklichen strebte, das Gebiet der Suspensiv-Bedingung auf Kosten des dies möglichst ausgedehnt. Der Grund, warum man hier in Betreff jener drei „Nebenbestimmungen" beim alten Rechte blieb, ist klar: schon der Satz semel heres semper heres machte es unmöglich, davon

67) Neuere Schriftsteller lehren einerseits als feststehend, daß die mancipatio keine Bedingung vertrage; andererseits, daß letztwillige Verfügungen immer bedingt sein konnten — ohne sich über die Lösung des (wenigstens anscheinenden) Widerspruches irgendwie zu äußern. Am grellsten ist dies bei Scheurl (Nebenbestimmungen S. 307), der beides in einem Athem vorträgt: „Im älteren röm. Recht war die Unzulässigkeit der Verfügung von Befristungen und Bedingungen dadurch sehr ausgedehnt, daß die mancipatio und in iure cessio, mit deren Form Befristungen und Bedingungen unvereinbar waren, für so sehr viele und wichtige rechtliche Willenserklärungen als Formen gebraucht zu werden pflegten, ja sogar gebraucht werden mußten, so daß dadurch der Gebrauch jener Nebenbestimmungen nahezu auf letztwillige Verfügungen und obligatorische Verträge eingeschränkt wurde." Als ob die letztwilligen Verfügungen nicht auch zu den „wichtigen, rechtlichen Willenserklärungen" mit Mancipationsform gehört hätten! — Im Wesentlichen ebenso äußert sich der von ihm berufene Ihering (Geist des röm. Rechtes III. S. 157, 161, 162, 165), nur daß hier die widersprechenden Aeußerungen nicht unmittelbar verbunden sind.

68) Die Resolutiv-Bedingung ist jedenfalls ein viel jüngeres Gebilde als die Suspensiv-Bedingung; vgl. Ihering a. a. O. S. 158 N. 210.

Digitized by Google

abzugehen. Der Unterschied zwischen dem dies a quo und der Suspensiv-Bedingung lag darin, daß man sich hier mit der Rückbeziehung behalf, was dort unmöglich war. (Vergl. L. 54 D. de adquir. her. 29. 2; L. 138 pr. D. de R. J.)

b) Hinsichtlich der Vermächtnisse berichtet Justinian in L. 26 Cod. de leg. 6. 37: Illud, quod de legatis vel fideicommissis temporalibus utpote irritis a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus sancientes et talem legatorum vel fideicommissorum speciem valere et firmitatem habere. Weiter spricht er dann von Vermächtnissen „ad tempus relicta". Dieses ist wohl auch vom tempus incertum, also von der Resolutiv-Bedingung zu verstehen.[69]) Daß eine zielsetzende Bedingung oder Befristung bei Vermächtnissen nicht zulässig war, ist auch sonst bezeugt: L. 55 D. de leg. I.; l. 44 §. 1 D. de O. et A. 44. 7. Daß man an dieser Unzulässigkeit bis in's neueste Recht festhielt, erklärt sich theils aus der (im neuesten R. beseitigten) Unzulässigkeit einer zeitlich beschränkten Eigenthums-Uebertragung (Fragm. Vatic. §. 283), theils aus dem Gedanken, daß der Testator über das mit seinem Willen perfect gewordene Rechtsverhältniß eine Macht nicht mehr hat (vgl. Windscheid I. §. 90 A. 4, Czyhlarz, Resolutiv-Bedingung S. 81 fg.). Uebrigens ist hier vieles dunkel, und wird vielleicht bei dem spärlichen Quellenmaterial nie ganz festgestellt werden können. Gewiß scheinen uns nur der Anfang und das Ende der Entwickelung; anfangs war wohl keine der vier Einschränkungen statthaft[70]), im Justinianischen Rechte sind alle zulässig. In der Mitte mag viel ius controversum liegen. Wenn freilich Ulpian in L. un. §. 3 D. quando dies usfr. 7. 3 sagt: „posse enim usumfructum ex die legari et in diem constat", welche ausdrückliche Hervorhebung darauf hinzudeuten scheint, daß es nicht immer „constabat", so liegt der Ton mehr auf dem ususfr., als auf dem Legat; (usfr. . . . . vel praesens vel ex die dari potest. L. 4 D. de usufr. 7. 1), während Real-Serv. nach strengem Recht Bedingung und Befristung nicht vertragen haben (L. 4 pr. D. de servit. 8. 1)

69) Vangerow II. §. 434, Anm. 1, I. 1a.

70) A. M. auch hier Ihering a. d. a. O., bes. S. 165: „Der Testator kann, wenn auch nicht die Erbeseinsetzung, so doch das Legat an einen beliebigen Zeitpunkt knüpfen."

Digitized by Google

— ein Satz, den Manche aus der Form der Bestellung der Servituten erklären, Andere anders.[71]) Ebenfalls vom leg. usus-fructus handeln L. 2 und L. 5 §. 1 D. quando dies leg. 36. 2; auch sie sind von Ulpian. In den Fragm. Vatic. sagt Paulus in §. 48: (ususf.) ad certum tempus et in iure cedi et legari . . . potest; in §. 49 ist entweder gesagt „variatur", ob er „ex certo tempore legari possit", oder es dieses als gewiß hingestellt, je nachdem man vor legari „an" oder (mit Huschke) „cum" liest. Für letzteres spricht Ulpian's Zeugniß, für ersteres der gleich nachfolgende §. 50 (von Paulus), der eine verwandte Frage als zweifelhaft und bestritten hinstellt: In mancipatione . . . . an deduci possit (usfr.) vel ex tempore vel ad tempus vel ex condicione vel ad condicionem dubium est. . . . . Pomponius putat, non posse ad certum tempus deduci. . . . . Ego didici, et deduci ad tempus posse. . . . . Numquid ergo et ex tempore et condicione deduci possit? Sequitur, et legato eum deduci ad certum tempus posse.[71a]) Hier also wird hinwieder (s. oben) der Nachdruck nicht auf den ususfructus, sondern auf die Bestellungsart gelegt. Soviel über das leg. usfr. — Bei anderen Legaten wird einerseits die Zulässigkeit eines dies a quo (gleichviel ob certus oder incertus) wie etwas Selbstverständliches vorgetragen (s. L. 21 D. quando dies 36. 2, ebenfalls von Paulus), andererseits die Unzulässigkeit zielsetzender Beschränkungen bezeugt, wobei freilich L. 81 §. 2 D. de leg. I.[72]) unerklärt bleibt. Selbst das, an sich recht bedenkliche, Vindicationslegat ex die scheint schon im classischen Recht statthaft gewesen zu sein.[73]) — Immerhin aber kann es als wahrscheinlich hingestellt werden, daß bei Vermächtnissen erst (und zwar frühzeitig, wie die cautio Muciana zeigt) die Suspensiv-Bedingung, dann der dies a quo, erst später und vereinzelt der dies

71) S. Schrader, Civil. Abhdlgn. II. S. 324 ff., Elvers, Servituten §. 19. — Vgl. noch L. 3. D. de serv. leg. 33. 3.

71a) So liest Huschke; die Schlußstelle ist verdorben und ihre Lesung streitig.

72) M. S. Mayer, D. L. v. d. Legaten und Fideicommissen (1854), §. 32 Anm. 18. Die dort vorgetragenen Ansichten wurden abgelehnt, aber die fragliche Stelle nicht befriedigend erklärt.

73) S. Arndts Vermächtnisse III. S. 261 fg.; indessen ist dies bestritten; s. die Literatur in Arndts Pandekten, §. 560 Anm. 3.

Digitized by Google

ad quem und die Resolutiv-Bedingung, beide ganz allgemein erst im J. 532 durch L. 26 Cod. 6. 37 zugelassen wurden.

II. Was geschah im Falle einer unstatthaften Anordnung? Die herrschende Lehre nimmt an, daß die resolutiv-bedingte institutio gültig sei, detracta condicione. Auch ich halte dies nach dem Geiste des römischen Rechts, nach der Symmetrie des Systems für richtig (arg. L. 1 D. de condic. instit. 28. 7). Aber es muß constatirt werden, daß es hiefür an jedem directen Zeugnisse fehlt, indem die wenigen Stellen, auf die man sich zu berufen pflegt (L. 89 (88) D. de hered. inst. 28. 5; L. 3 §. 2 D. de liber. et postum. 28. 2; L. 7 §. 10 D. de minor. 4. 4[74]); arg. a contr. L. 15 §. 4 D. de test. mil. 29. 1), eigentlich nur für die Unzulässigkeit der Resolutiv-Bedingung, nicht für die Gültigkeit der Einsetzung sprechen.[75]) Um so klarer ist das Zeugniß Papinian's für die beiden anderen Fälle, wodurch zugleich die eben vorgetragene Entscheidung die größte Wahrscheinlichkeit erhält: Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio (L. 34 D. de hered. instit. 28. 5) — was auch noch für's Justinianische Recht ausdrücklich bestätigt ist durch §. 9 Inst. h. t. 2. 14. Jene Stelle spricht den Grundgedanken für alle uns in diesem Aufsatze beschäftigenden Erscheinungen aus: die Anordnung wird zwar als incorrect bezeichnet („non recte datur"), sie wird aber aufrecht erhalten („manet institutio"), indem die unzulässige Einschränkung, das „vitium", gestrichen wird.

Theils nach Analogie dieser Entscheidungen, theils nach dem Wortlaut von L. 55 D. de leg. I. und L. 44 §. 7 D. de O. et A. 44. 7, theils wegen des favor testamenti müssen wir annehmen,

74) Diese zwei Stellen gehören aber überhaupt nicht her; s. Windscheid §. 554 Anm. 18.

75) Andere denkbare Behandlungen: a) Ungültigkeit der institutio; dagegen spricht der favor testamenti. b) Umwandlung in eine Suspensiv-Bedingung; dafür: Mayer a. a. O., Zimmern im Civil. Archiv VII. S. 125 ff. u. A.; dagegen: Bangerow II. §. 434 Anm. 1 I. und die daselbst S. 106 Citirten. c) Annahme eines stillschweigenden fideic. hereditatis: Windscheid §. 554, A. 19. Dieses entspricht dem heutigen Rechtsbewußtsein; für das römische Recht läßt es sich kaum behaupten. W. beruft sich auf die Analogie der institutio ex re certa, wie er denn diese auch bei nicht erschöpfenden Theilangaben anwendet. Eine sichere Entscheidung ist mangels directer Zeugnisse unmöglich.

Digitized by Google

daß auch bei Vermächtnissen der dies ad quem und die Resolutiv-Bedingung gestrichen wurden.[76]) Gesichert ist indeß dieses Resultat nicht, da Justinian in L. 26 cit. auf das Deutlichste ausspricht[77]), daß legata et fideicommissa temporalia nach Ansicht der älteren Jurisprudenz ungültig (irrita) waren, was er dahin „emendire", daß auch diese „legatorum v. fideicomm. species" hinfort solle „valereet firmitatem habere". Vielleicht erklärt sich diese Aeußerung daraus, daß hierüber zu verschiedenen Zeiten verschiedene Ansichten sich geltend machten, oder auch zur selben Zeit d. h. daß es ein ius controversum war.[78])

III. Die dritte Frage (s. oben) hat die wenigsten Schwierigkeiten und für uns das wenigste Interesse. Daher beschränken wir uns auf Andeutungen. Vor Eintritt der Suspensiv-Bedingung bleibt der Theil unerworben, was insofern ungenau gesagt ist, als bei Deficienz sich zeigt, daß Accrescenz stattgefunden hatte (s. S. 77, 81). Ueber einstweilige bonorum possessio s. Arndts §. 539 und die dort Citirten. In den Fällen der cautio Muciana (welche bekanntlich erst später auf Einsetzungen angewendet worden ist) gilt die Sicherheitsleistung als Erfüllung der Bedingung und ist der Erwerb ein definitiver.[79]) — Vermächtnisse werden ante diem bez. condicione pendente nicht entrichtet, bez. fallen beim Eintritte des dies ad quem oder der Resolutiv-Bedingung im Justin. R. an den Onerirten zurück (L. 26 Cod. cit.), wofern nicht eine fideicommissarische Substitution angeordnet ist. —

So haben wir auch in diesem Abschnitte wieder eine Reihe von Verfügungen kennen gelernt, die an sich rechtswidrig sind, somit ungültig sein sollten, aber wegen des favor testamenti aufrecht erhalten werden, indem man die Einschränkungen streicht. Es tritt

---

76) Ebenso Czyhlarz a. a. O., S. 18 fg., S. 82 fg.

77) So deutlich, daß die Auslegung von Czyhlarz S. 19 fg. unmöglich ist.

78) Hiefür läßt sich die Analogie einer verwandten Frage anführen. In L. 1 und L. 2 D de adquir. her. 29. 2 sprechen Paulus und Ulpian, als ob es sich um elementare Rechtswahrheiten handelte; gleichwohl sagt Justinian in L. 20 Cod. de iure delib. 6. 30 „quaerebatur apud veteres", „dubitabatur".

79) Windscheid §. 554 vor und in N. 7. Auf die Streitfragen über die c. Muciana einzugehen (s. ebendort N. 8), ist hier kein Anlaß.

Digitized by Google

also eine stärkere, als die vom Testator gewollte Wirkung ein, mit anderen Worten „Uebergültigkeit" statt „Ungültigkeit".[80])

VII.

Schon bei der quantitativen Einschränkung haben wir gesehen, daß hinsichtlich ihrer Unzulässigkeit institutio und exheredatio übereinstimmten, aber hinsichtlich der Folgen entgegengesetzt behandelt wurden: bei der institutio wird die Beschränkung, bei der exheredatio die Hauptverfügung gestrichen, dort Uebergültigkeit wegen des favor institutionis, hier Ungültigkeit wegen der invidia exheredationis. Das gleiche Verhältniß wiederholt sich bei den anderen Beschränkungen.

Eine exheredatio ex die oder ad diem ist ungültig, m. E. aus denselben Gründen, welche die betagte institutio als unzulässig erscheinen ließen, namentlich auch wegen des semel heres s. h. Dieses ist freilich nicht die herrschende Lehre; diese sucht den Grund in der besonderen Natur der Exheredation, namentlich darin, daß die Enterbung für einen späteren Moment eine Präterition für den entscheidenden Zeitpunkt der Institution enthalte.[81]) Eine bedingte Enterbung ist ungültig, wie denn auch die Einsetzung von Notherben eine unbedingte sein mußte. Beide Sätze haben große Einschränkungen erfahren, die aber m. E. jünger sind, als die Sätze selbst. Hinsichtlich der Suspensiv-Bedingung nun stellt sich der Annahme des oben angedeuteten Zusammenhanges das Bedenken entgegen, daß diese Bedingungen bei der institutio frühzeitig zugelassen worden seien, das Notherbrecht aber sich erst später ausgebildet hätte. Indessen läßt sich hier mit Sicherheit weder etwas behaupten, noch leugnen, weil die chronologischen Fragen im Dunkeln liegen. Doch reichen wohl die Anfänge des Notherbenrechtes weit genug zurück, um einen Zusammenhang als möglich erscheinen zu lassen.

Wir haben oben für die Hypothese, daß bedingte Erbsein-

---

80) Die Verwandtschaft dieser und der früher besprochenen Fälle (nemo pro p.) hat richtig erkannt, wenn auch nur kurz und beiläufig angedeutet, der ältere Dernburg a. a. O. S. 314.

81) So namentlich Schmidt, Recht der Notherben S. 50.

Digitized by Google

setzungen anfangs unzulässig gewesen seien, auch die Rechtsregel angeführt „certum consilium debet esse testantis“ (Ulpiani fragm. XXII. 4). Damit steht es in Einklang, daß in L. 18 D. de bon. poss. contra tab. 37. 4 die Unzulässigkeit der bedingten Enterbung mit dem Satze motivirt wird „certo enim iudicio liberi a parentium successione removendi sunt“. Daß diese Worte Hermogian's[82]) (aus seinen „epitomae“) ebenso wie jene Ulpian's alte Schulregeln sind, scheint mir unzweifelhaft.

An zwei Entscheidungen hat Ad. Schmidt (S. 51) die Antithese zwischen institutio und exheredatio gut gezeigt. Die Anordnung „Titius heres esto, et quum heres erit Titius, filius exheres esto“ ist ungültig (L. 69 (68) D. de hered. inst. 28. 5). „Freilich, wenn es sich um ein von der Jurisprudenz begünstigtes Institut gehandelt hätte, so würde man, über den mangelhaften Ausdruck hinwegsehend und an die zweifellose Absicht des Testators sich haltend, die Sache so behandelt haben, wie ständen die Worte „et quum T. heres erit“ ... überall nicht im Testament; vgl. z. B. Fr. 9 §. 14 D. de hered. instit.“ Diese Stelle (aus Ulpian) lautet: Si quis ita scripserit 'Stichus liber esto et, posteaquam liber erit, heres esto' Labeo, Neratius et Aristo opinantur, detracto verbo medio 'postea' simul ei et libertatem et hereditátem competere; quae sententia mihi quoque vera videtur. Freilich trat hier zum favor institutionis noch der favor libertatis hinzu. —

Wir haben oben erwähnt, daß der favor testamenti mehr objectiv zu nehmen sei, als gewöhnlich geschieht, und hinzugefügt, daß, soweit er eine subjective Seite hat, diese sich dem Eingesetzten und nicht dem Testator zuwendet. Hinsichtlich der Einsetzung von Notherben gelten nun im römischen Rechte so rigorose Formvorschriften, wie für die exheredatio, und man kann bei ihnen von keinem favor institutionis reden. Dieser anscheinende Widerspruch mit der sonstigen Begünstigung des Erwerbes ex testamento erklärt sich wohl daraus, daß dem Notherben die Ungültigkeit des Testamentes in sehr großer Regel nicht schadet; er bekommt dann

82) Deren Sinn freilich bestritten ist; s. Schmidt S. 55 N. 162 und die dort Citirten.

Digitized by Google

eben den vollen Intestat-Erbtheil, frei von letztwilligen Belastungen. Wenn z. B. die gleiche Bedingung die Einsetzung des Notherben vernichtet, die eines anderen Menschen unberührt läßt, weil sie gestrichen wird, so geschieht doch das eine wie das andere zu Gunsten des so bedingt Eingesetzten. Und dies leitet uns hinüber zu dem folgenden Punkte.

VIII.

„Unmögliche Bedingungen[83]) schließen ihrem Begriff nach die Wirksamkeit der Willenserklärung sogleich definitiv aus. Das römische Recht hat ihnen jedoch diese Wirkungen nur bei Willenserklärungen unter Lebenden gelassen; was Willenserklärungen von Todeswegen angeht, so ist die Ansicht durchgedrungen, daß bei ihnen unmögliche Bedingungen als nicht hinzugefügt anzusehen seien." „Wie die unmöglichen werden auch die unerlaubten Bedingungen behandelt, d. h. diejenigen, durch welche die Willenserklärung einen unerlaubten oder doch mißbilligten Inhalt annimmt; auch sie machen Willenserklärungen unter Lebenden sogleich definitiv unwirksam, während sie bei Willenserklärungen von Todeswegen als nicht hinzugefügt angesehen werden."[84])

Die Anordnung des Testators kann so wie sie lautet nicht gelten: die Bedingungen der ersten Art können nicht, die der zweiten sollen nicht eintreten, das Gesetz kann unerlaubte Handlungen nicht prämiiren lassen. Es hat also nur die Wahl, entweder die unzulässigen Einschränkungen der Honorirung oder diese selbst zu tilgen. Wie sich in solchem Dilemma das römische Recht entschieden haben wird, könnte dem Leser, selbst wenn er es nicht ohnehin wüßte, nach allem in den früheren Abschnitten Gesagten nicht zweifelhaft sein. M. a. W. selbst ohne jedes Quellenzeugniß müßten wir die oben mitgetheilten Sätze vermuthen, welche aber glücklicher Weise zu den bestbezeugten des römischen Rechts gehören. Und doch ist über sie soviel Unrichtiges selbst von berühmten Rechtslehrern gesagt worden; eine Menge Zweifel wurden wiederholt laut, die

83) Wir sprechen fortan nur von Suspensiv-Bedingungen, was nach dem oben Gesagten keiner weiteren Rechtfertigung bedarf.

84) Windscheid I. §. 94.

Digitized by Google

nicht aufgetaucht wären, wenn diese Rechtssätze in dem Zusammenhange vorgetragen würden, wie es hier geschieht; am wenigsten würde aber dann Jemanden eingefallen sein, sie aus dem corpus iuris hinaus interpretiren zu wollen, wie dieses in unserer Zeit versucht worden ist.

Es ist unthunlich, hier alle die wunderlichen und willkürlichen Erklärungsversuche, die über jene Rechtssätze vorgebracht worden sind, zu kritisiren; oder die ebenso willkürlichen Einschränkungen, welche man ihnen beigefügt hat, zu widerlegen, oder in die Exegese aller zweifelhaften Stellen einzugehen. Es könnte dieses keinen Dank verdienen bei einer so oft und so ausführlich bearbeiteten Materie.[85]) Nur das soll hier versucht werden, den richtigen Gesichtspunkt zu zeigen, aus welchem diese Sätze zu betrachten sind, und damit diese selbst gegen Zweifel sicherzustellen, die in neuester Zeit wieder ausgesprochen worden sind. Bei dieser Gelegenheit sind allerdings auch exegetische Ausführungen unvermeidlich.

Sell (§. 8, S. 38 ff.) glaubt die richtige Begründung dieser Rechtssätze in der Verbindung der Rücksicht auf den vermuthlichen Willen des Testators mit dem favor testamentorum zu finden. „Nimmt man an . . . . . , daß der Testator mit Vernunft gehandelt, so wird man seinen Willen am ersten und sichersten befolgen, wenn man die Disposition als solche aufrecht erhält. Denn diese (die Erbeinsetzung, das Legat u. s. w.) ist die Hauptsache, die Bedingung dagegen, als zufällige Nebenbestimmung, bloße Nebensache.[86]) Soll nun eine von beiden wegfallen, so wird dies zunächst die Nebenbestimmung sein; denn, fällt diese, dann bleibt noch immer die Hauptbestimmung; läßt man aber die Nebenbestimmung gelten, so kann weder diese existent werden, weil sie eine physische, juristische oder moralische Unmöglichkeit enthält, noch kann das Hauptgeschäft in das Reich der Wirklichkeit treten.“ Der letzte Grund aber sei der favor testamenti, für den (S. 42 ff.) verschiedene, zum Theile unrichtige Gründe vorgebracht werden, aus denen erhellt, daß Sell sich diesen favor zunächst als eine Begünstigung des Testators denkt.

85) Ist ja doch „die Lehre von den unmöglichen Bedingungen“ in einer eigenen Monographie (323 Seiten!) von Wilh. Sell bearbeitet (Gießen 1834), und seither oft dargestellt worden.

86) S. dagegen unseren Commentar II. S. 540 N. 1a.

Digitized by Google

Savigny (III. S. 195 fg.) sagt: Die Ansicht der Sabinianer „erklärt man gewöhnlich aus einer gesetzlichen Begünstigung des letzten Willens. So z. B. Sell, der nach vielen künstlichen Wendungen endlich doch wieder auf diesen favor testamentorum zurück kommt." „In welchem Sinne diese (Begünstigung) hier gewissermaßen zugegeben werden kann", werde er später zeigen[87]); „nach dem einfachen Wortsinn, wie man sie gewöhnlich auffaßt, kann sie nicht gelten; denn so dürfte sie doch nur gebraucht werden, um den wahren Willen des Verstorbenen gegen das Hinderniß gesetzlicher Formen in Schutz zu nehmen; hier aber scheint etwas gegen jenen Willen durchgesetzt zu werden." Savigny stellt die Hypothese auf, daß jene Sätze zuerst für unsittliche Bedingungen aufgestellt, dann auf relativ unmögliche, endlich auf ganz unmögliche ausgedehnt worden seien. Er sucht darzuthun, daß man damit in vielen Fällen den Willen des Testators treffe, der immerhin seine Hauptverfügung habe gelten lassen wollen, wenn er auch die in der Bedingung enthaltene unsittliche Absicht nicht erreichen konnte. Für Gültigkeit spreche hier, daß der Honorirte an der Unsittlichkeit nicht mitschuldig sei, wie es bei einem ähnlichen Vertrage der Fall wäre. Da der Satz von der Streichung bei conditiones in praesens v. praeteritum collatae und beim dies impossibilis nicht gelte[87a]), so sei klar, daß der favor testamenti nichts damit zu thun habe, sondern es sich nur um Ausdehnung einer Bestimmung über unsittliche Bedingungen handle, die also auch nur dort gelte, wo ein Zusammenhang (eine Aehnlichkeit) mit diesen letzteren stattfindet. — Da dies nun aber auch bei wahrhaft unmöglichen Bedingungen nicht der Fall ist, so zerfällt diese ganze ebenso künstliche als willkürliche Herleitung Savigny's.

Fitting (Civil. Arch. 39 Bd., S. 322 f.) meint: Der Testator hat die Unmöglichkeit nicht gekannt; im anderen Falle würde er wohl die Bedingung nicht beigesetzt haben. Wollte man annehmen, er habe die Unmöglichkeit gekannt, so war er verrückt oder hat sich in

87) Aber an dieser späteren Stelle (S. 199) hat er sich anders besonnen und verwirft die Berufung auf den favor test. ganz und gar. — Ebenso nochmals S. 203.

87a) Die erste Hälfte dieses Satzes wird unten erklärt (S. 168), die zweite widerlegt (S. 164) werden.

Digitized by Google

so ernsten Dingen einen unziemlichen Scherz erlaubt. Dies Letztere ist gewiß richtig, aber wie soll das die Purificirung der Anordnung erklären?! — Daß aber die erstere Annahme nicht der eigentliche Grund des römischen Satzes sei, wird nach der betreffenden Bemerkung von Enneccerus (Susp.-Bedingung S. 116 N. 186) durch die Worte des Mäcianus in L. 31 i. f. D. de O. et A. 44. 7 „noch unwahrscheinlicher, als es ohnehin schon ist". Gajus habe wohl „das Richtige getroffen, wenn er den Grund der Regel als rationell unerfindlich bezeichnet. Vielleicht gelingt eine Erklärung auf historischem Wege." —

Noch weiter von dem wahren Sachverhalte entfernen sich die Ausführungen Scheurl's.[88]) Er beginnt mit der richtigen Bemerkung, daß eigentlich das Hauptgeschäft ungültig sein sollte, fügt aber die nicht richtige hinzu, daß dieses bei allen unmöglichen „Nebenbestimmungen" gleich ist, daß ein Unterschied zwischen conditio und modus diesfalls in der Natur der Sache nicht begründet sei.[89]) Doch giebt er einen psychologischen Unterschied zu, welcher es erkläre, daß man bei unmöglichem Modus die Zuwendung gelten ließ. Dies habe man dann auf unmögliche Potestativbedingungen, später auf unmögliche Bedingungen überhaupt „übertragen" (S. 267). Diese Behandlung trete allerdings „mit dem wahren Willen des Verfügenden in offenbaren Widerspruch, wo die Erwartung der Verwirklichung des Bedingungsinhalts der alleinige Beweggrund des bedingt erklärten Willens ist". Daß „unmögliche Bedingungen in Testamenten schlechthin zu streichen wären", sei ein „den gesunden Menschenverstand beleidigender Lehrsatz"[89a]), der sich „ausdrücklich . . in den Quellen nirgends ausgesprochen findet" (S. 275). Er scheine (!) stillschweigend darin ausgesprochen, daß die römischen Juristen als Beispiele von zu streichenden unmöglichen Bedingungen solche anführen, wie: si digito coelum tetigerit. Darauf aber sei

88) Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften (1871). §§. 75—81 (S. 262—301).

89) Die Widerlegung dieser Behauptung unterlasse ich hier um so lieber, als im Commentar und in den Excursen an verschiedenen Orten ausführlich von der Natur des Modus gehandelt wird.

89a) Vgl. die Aeußerung von Suarez über den Satz nemo pro parte. oben S. 115 N. 17.

Digitized by Google

zu antworten (S. 277 f.): „Es waren das im schulmeisterlichen Rechtsunterrichte hergebrachte Beispiele, deren sich dann die Juristen gewohnheitsmäßig bedienten, mit der Zuversicht, Leser von gesundem Menschenverstand würden sich dadurch nicht verführen lassen (!), sondern ungeachtet dieser Beispiele den Satz: unmögliche Bedingungen sind in Testamenten als nicht beigefügt zu behandeln, dem anderen allgemeineren und höher stehenden Satze unterordnen: jede rechtliche Willenserklärung kann nur dann gelten, wenn sie ernstlich gemeint ist .... Es schiene mir daher sehr wohlgethan, die Lehre ganz aufzugeben, daß unmögliche Testamentsbedingungen auch dann zu streichen seien, wenn sie der Testator erweislich mit dem Bewußtsein der Unmöglichkeit ihrer Erfüllung (und ohne derisorische Absicht) einer Verfügung beigefügt hat." Fast möchte man glauben, daß die eingeklammerten Worte eine nachträgliche Correctur sind. Denn, welchen Sinn hätte es sonst, die These erst ausführlich und mit solchem Nachdruck zu vertheidigen, wenn dem Vf. diese Beschränkung von vornherein im Sinne gelegen hätte — eine Beschränkung, durch welche jene Behauptung nahezu aufgehoben wird! Wenn der Testator, die Unmöglichkeit der Bedingung kennend, diese gleichwohl setzte, so kann ja die derisorische Absicht nicht zweifelhaft sein! Und gleichwohl verlangt Scheurl, daß über die Ernstlichkeit der Honorirungsabsicht „jeder Zweifel beseitigt" sein müsse; dann erst „dürfen die Rechtsregeln über die besondere Behandlung unmöglicher und unsittlicher Nebenbestimmungen bei letztwilligen Verfügungen zur Anwendung gebracht werden" (S. 274 f.). Zuletzt wird uns zugemuthet: „Man solle sich überzeugen, daß jene Regel überhaupt nur als eine subsidiäre gemeint ist" (S. 285.).

Analog ist Scheurls Gedankengang hinsichtlich der unsittlichen Nebenbestimmungen (S. 288 ff.). Eigentlich sollte die ganze Anordnung ungültig sein. Doch habe das Recht erst letztwillige Verfügungen sub turpi modo gereinigt; dann diese Behandlungsweise auf unsittliche Bedingungen übertragen, da in einer unsittlichen Bedingung oft ein unsittlicher Modus versteckt sei.

Das sind Behauptungen, die eine etwas eingehende Widerlegung fast nur darum verdienen, weil sie von einem hervorragenden Gelehrten vorgetragen werden.

Digitized by Google

Alle Unsicherheit und Verwirrung in dieser Lehre ist durch eine unhistorische Behandlung derselben verschuldet, durch das Bestreben, jene Rechtsregel in Harmonie zu bringen mit Ulpian's Ausspruch: In condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit condiciones (L. 19 pr. D. de cond. et dem. 35. 1). Und doch gehört dieses Wort und der Ursprung jenes Rechtssatzes weit entfernten Zeiten an. Das Streben, den wahren Willen des Verstorbenen zur Geltung zu bringen, ist dem altrömischen Rechte fremd, und erst im neueren Rechte zur Geltung gekommen, indeß nie in dem Maße, wie bei uns Modernen. Nun ist es doch ein Gemeinplatz, daß in der Justinianischen Compilation die Producte einer tausendjährigen Entwickelung vereinigt sind, daß älteste und neueste Gebilde beisammen stehn, und daß die römischen Juristen alte Rechtssätze oft selbst dann festgehalten haben, wenn ihnen die Gründe derselben nicht mehr bekannt waren. Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest (Julianus in L. 20 D. de legib. 1. 3.) — Jenes Bestreben nun führt dahin, den Satz, der im Zusammenhange des modernen Rechtes allerdings anstößig erscheint, in unzulässiger Art einzuschränken, und in unrömischem Sinne zu erklären. Der Testator werde wohl die Unmöglichkeit nicht gekannt haben; jedenfalls sei es ihm mehr um die Hauptanordnung, als um die Nebenbestimmung zu thun; eine derisorische Absicht sei nicht anzunehmen, weil solche Frivolität durch den Gedanken an den Tod ausgeschlossen werde — und ähnliche Redensarten, die selbst bei Savigny (z. B. III. S. 200) sich finden und unzählige Male vor und nach ihm wiederholt worden sind. Dadurch erklären sich gleichzeitig zwei entgegengesetzte Verirrungen: einerseits das Streben, den fraglichen Rechtssatz dort, wo er volle Geltung hatte, theilweise zu leugnen, und andererseits der Versuch, ihn für das moderne Recht zu vertheidigen[90]), oder sogar — freilich mit Einschränkungen — der künftigen Gesetzgebung zu empfehlen.[91])

Nur von der falschen Voraussetzung ausgehend, daß es sich immer und überall darum gehandelt habe, den Willen des Erb-

90) So z. B. (durch Savigny verleitet) Harum in Haimerl's Magazin VI. S. 162.

91) So z. B. Fdch. Mommsen, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über d. Erbrecht §. 100 und S. 208—211. Vgl. Scheurl S. 267.

Digitized by Google

lassers zu befolgen, konnte Scheurl die herrschende Lehre einen „den gesunden Menschenverstand beleidigenden Lehrsatz“ nennen, den man „dem römischen Recht nicht aufbürden sollte“ (S. 275). Wenn, zur Zeit Cicero's etwa, ein Testator geschrieben hätte: „N soll mein Erbe sein auf $^1/_{12}$; mehr soll er nicht bekommen,“ — so bekam N die ganze Erbschaft. Beleidigt das weniger den gesunden Menschenverstand? Und diesen Satz wird doch wohl auch Scheurl nicht leugnen wollen.

Gajus III. §. 98 berichtet uns: Item, si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, veluti si digito caelum tetigerit, inutilis est stipulatio: sed legatum sub inpossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde deberi putant, ac si sine condicione relictum esset; diversae scholae auctores nihilominus legatum inutile existimant quam stipulationem: et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest. Ueber diese Stelle, die man bisher nicht aufmerksam genug untersucht hat, ist zu bemerken: 1. Die Sabinianer haben, mehr als die Proculianer, am Hergebrachten festgehalten, ihrem Meister folgend; nam Ateius Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat (L. 2 §. 47 D. de orig. iur. 1. 2). Dadurch wird unsere Annahme bekräftigt, daß wir es hier mit einem alten Rechtssatze zu thun haben. 2. Als Ansicht der Proculianer wird mitgetheilt, daß sie ein legatum unter einer unmöglichen Bedingung für ebenso ungültig gehalten haben, wie eine so bedingte stipulatio. Der Satz also, den man gewöhnlich in unsere Stelle hineinliest (die Proculianer hätten, im Gegensatze zu den Sabinianern, überhaupt letztwillige Anordnungen mit unmöglichen Bedingungen für ungültig erklärt) ist in derselben nicht bezeugt. 3. Es wäre wohl denkbar, daß manche Juristen eine heredis institutio sub impossibili condicione für gültig, ein ebensolches legatum für ungültig erklärt hätten. Dort greift eben der favor institutionis ein, hier nicht; die Ungültigkeit eines Legates ist bei weitem nicht von der Wichtigkeit, wie die Ungültigkeit einer Erbeinsetzung, die möglicher Weise das ganze Testament vernichten kann. 4. Andererseits besteht zwischen der Theorie des legatum und der stipulatio eine überraschende Analogie (was freilich hier nicht bewiesen werden kann), und mußte schon diese den Gedanken nahelegen, legatum und stipulatio auch hinsichtlich unserer Frage gleich (statt

Digitized by Google

gegensätzlich) zu behandeln; und so betont denn auch Gajus nur, daß sich für diese „diversitas“ zwischen legatum und stipulatio kaum ein genügender Grund vorbringen lasse. 5) Es ist also durch diese Stelle nicht erwiesen: a) daß Gajus die Aufrechterhaltung einer so bedingten Einsetzung getadelt habe; und ebensowenig b) daß die Proculianer eine institutio sub impossibili condicione für ungültig erklärt hätten. Jedenfalls sagt die Stelle nicht (was Savigny III S. 195 in sie hineinlegt): „die Proculejaner wollten Testamente und Verträge gleich behandelt wissen.“ Gleichwohl ist dieses Mißverständniß ein allgemeines (s. z. B. Bangerow II. S. 107). Bevor wir diese letztere Frage weiter verfolgen, müssen wir den dritten Punkt etwas eingehender besprechen.

Für die Aufrechterhaltung der fehlerhaften Einsetzung sprach der favor testamenti in dem oben angedeuteten Sinne. Denken wir uns nun ein ganz correctes Testament; später macht der Erblasser ein zweites, das lediglich eine Erbeinsetzung mit unmöglicher Bedingung enthält. Man muß mindestens bezweifeln, ob es mit dieser dem Testator Ernst war, ob nicht eine derisoria institutio vorlag. Der favor testamenti spricht hier doch offenbar mehr für das correcte, als für das incorrecte Testament. Wird das zweite als null und nichtig behandelt, so kommt es nicht zur Intestat-Erbfolge, sondern es wird umgekehrt ein correctes Testament gerettet. Es wäre also gewiß kein Widerspruch, wenn die römischen Juristen hier nicht die condicio, sondern die institutio getilgt hätten. Die fehlerhafte Einsetzung mag „bereinigt“ werden im Interesse der Erhaltung von Testamenten, aber nicht zur Beförderung der Entkräftung. Ein correctes Testament soll durch ein so uncorrectes nicht gebrochen werden. Derselbe favor testamenti, der sonst für die Gültigkeit solcher Einsetzungen entscheidet, verlangt hier ihre Ungültigkeit. In diesem Zusammenhange wird die so oft mißverstandene weil von den Compilatoren so verballhornte Stelle des Pomponius[92]) (L. 16 D. de iniusto rupto 28. 3) vollkommen klar. Er sagt:

92) Im II. Buch ad Q. Mucium. — Daß die Basiliken (39. Buch 2. Tit. c. 16) sie dem Papinian zuschreiben, verdient keine Beachtung. Selbst wenn die Stelle keine Ueberschrift hätte, könnte kein Sachverständiger glauben, daß eine Ausführung von so behaglicher Breite von Papinian herrühre.

Digitized by Google

Wenn wir in einem zweiten Teſtamente einen Lebenden zum Erben einſetzen sive pure sive sub condicione (si tamen condicio existere potuit, licet non exstiterit) superius testamentum erit ruptum. Doch komme viel auf die Beſchaffenheit der Bedingung an: 1. Entweder iſt ſie eine c. in praeteritum concepta (z. B. si Titius consul fuit); a) quae si vera est, . e. si Titius consul fuit, ita est institutus heres, ut superius testamentum rumpatur; b) si vero T. consul non fuit, superius test. non est ruptum. 2. Oder eine c. in praesens c. (z. B. si T. consul est): a) T. iſt wirklich Conſul, dann iſt das frühere Teſtament entkräftet; b) im gegentheiligen Falle nicht. 3. In futurum autem collatae condiciones: a) si possibiles sunt (existere potuerunt), licet non extiterint, efficiunt, ut superius testamentum rumpatur etiamsi non exstiterint; b) si vero impossibiles sunt, veluti 'Titius, si digito caelum tetigerit, heres esto' — — hier folgten nun bei Pomponius unzweifelhaft die Worte: superius testamentum non erit ruptum oder eine gleichbedeutende Redewendung. Die Symmetrie der ganzen Stelle heiſcht dieſes gebieteriſch, wie der Gedanke ja ohnehin ſchon im Eingange (vbs: si tamen condicio existere potuit) ausgeſprochen iſt. Die Compilatoren aber haben dieſen ſelbſtverſtändlichen Schluß durch folgenden, in lächerlichem Widerſpruch zu dem übrigen Inhalte ſtehenden Paſſus erſetzt: „placet perinde esse, quasi condicio adscripta non sit, quae est impossibilis.“ Von dieſer L. 16 muß man wahrlich ſagen: desinit in piscem! — Daß man dieſe plumpſte aller Interpolationen unbeanſtandet läßt, iſt nur dadurch begreiflich, daß unſere Juriſten in demſelben Irrthum befangen ſind, der die Compilatoren zu jener Verſtümmelung verleitet hat. Die Einen wie die Anderen haben überſehen, daß der favor testamenti hier die entgegengeſetzte Behandlung der vitioſen zweiten Einſetzung erfordert, als welche in der Regel ſtattfindet. Die Compilatoren meinten, ſie müßten die Stelle ändern, um ſie in Einklang zu bringen mit dem in L. 1 D. de condic. instit. 28. 7 ausgeſprochenen Rechtsſatze; die Ausleger glauben, die Schlußſtelle ſei richtig, weil uns ausdrücklich bezeugt iſt, daß auch Pomponius dieſen Rechtsſatz anerkannt hat (L. 6 i. f. D. de condic. et dem. 35. 1). Daß das Ende der L. 16 ſyntaktiſch und ſachlich mit dem übrigen Inhalte nicht zu-

Digitized by Google

sammenstimme, mußte man freilich empfinden; man suchte sich aber darüber durch die gewaltsamsten und künstlichsten Deutungen zu beruhigen.[93])

Wir haben also uns überzeugt, daß es wirklich der favor testamenti (i. eng. S.) war, der für die Streichung der condicio impossibilis bei Erbeinsetzungen entschied, und daß dieser Grund bei Vermächtnissen nicht zutrifft. Auch sonst lassen sich Unterschiede zwischen beiden Honorirungen erkennen. Denken wir uns alle singulären Rechtssätze hinweg, so wäre ein legatum unter einer erst mit dem Tode des Honorirten entschiedenen Bedingung gültig, und im Moment des Todes ipso iure erworben; eine ebenso bedingte Erbeinsetzung müßte ungültig sein, da der Eingesetzte vor erfüllter Bedingung nicht antreten kann, nach derselben aber in unserem Falle erst recht nicht.[94]) Bekanntlich ist die cautio Muciana für Legate erfunden und erst später auch auf Erbeinsetzungen angewendet worden. Vgl. L. 73 D. de cond. et dem. 35. 1 mit L. 7 pr. und L. 18 eod. Das ließe sich nun so deuten: Beim Legate, dessen Erwerb für den gehorsamen Legatar gesichert ist, war die c. Muc. ein geringeres Abgehen vom Willen des Erblassers, als bei der Erbeinsetzung, welche eigentlich ungültig sein sollte. Denkbar wäre es aber auch, daß Q. Mucius seine Caution darum nur für Legate aufgestellt hat, weil er bei Erbeinsetzungen jene Bedingungen als unmögliche pro non adiectis behandelte.[95]) Andere könnten der entgegengesetzten Ansicht, und die Ausdehnung der Caution eine Vermittlung gewesen sein. Sie kann einem stärkeren favor test. oder auch umgekehrt dem Streben, den letzten Willen besser zu befolgen, entsprungen sein. Denn in der That ließ sich sagen: „Zwar ist die Bedingung wörtlich genommen eine unmögliche; aber das Unterlassen (L. 7 pr. cit.), welches dem Honorirten zugemuthet wird, ist kein unmögliches, und darum soll ihm das parere conditioni nicht

93) Sie sind mitgetheilt bei Glück, 38. Bd. S. 350—357.

94) Vgl. Arndts Civil. Schftn. II. S. 154 N. 9.

95) Arndts a. a. O. wendet ein: Der Satz von der Streichung der unmöglichen Bedingung „ist weit später entschieden angenommen, als die Muciana cautio, nach ihrem Namen zu schließen, eingeführt war". Allerdings; aber bevor er „entschieden angenommen" war, konnte er schon von Q. Mucius vertreten worden sein. S. die folgende Note.

Digitized by Google

erlassen werden." (Vgl. unseren Commentar II. S. 606 f.) Es wird wohl kaum jemals gelingen, darüber, sowie über die Geschichte des Rechtssatzes „c. impossibilis pro non adiecta est" volle Gewißheit zu erhalten. Und so haben wir denn auch oben nur das Negative constatirt, daß die vielcitirte Stelle des Gajus dasjenige nicht sagte, wofür sie gewöhnlich angeführt wird, indem dort davon, wie die Proculianer über unmöglich bedingte Erbeinsetzungen gedacht haben, nicht die Rede ist. Auch müssen nicht alle Juristen dieser Schule darüber gleicher Ansicht gewesen sein, wie ja andererseits Gajus die Ansicht der Sabinianer hinsichtlich der Legate verwarf.

Beachtung verdient die in L. 6 D. h. t. 35. 1 erhaltene Stelle aus Pomponius (lib. III. ad Sabinum). Jemand ist zum Erben unter der Bedingung eingesetzt, wenn er „certos servos" freilasse, von welchen aber einige schon damals todt waren.

Neratius (der letzte Jurist, von dem ausdrücklich gesagt ist, daß er Proculianer war) erklärte die Einsetzung für ungültig („defici eum condicione). Sed Servius respondit, cum ita esset scriptum 'si filia et mater mea vivent' altera iam mortua, non defici condicione. Daß die Fälle gleichartig sind, ist offenbar; ebenso, daß auch Pomponius sie als solche gibt, also sagen will: Servius war anderer Ansicht, als Neratius. Er fährt fort: Idem est et apud Labeonem scriptum. Also Labeo stimmte dem Servius zu.[96]) Hierauf fügt P. noch bei: Sabinus quoque et Cassius quasi impossibiles eas condiciones in testamento positas pro non scriptis esse, quae sententia admittenda est. Die Schlußstelle sagt unzweideutig, daß die Häupter der schola Sabiniana seu Cassiana, so wie ihr Anhänger Pomponius[97]), sowohl bei Erbeinsetzungen, als bei Vermächtnissen[98]) die condiciones impossibiles „pro non scriptis" erklärt haben. Weniger unzweideutig ist das Vorhergehende, wie die Stelle überhaupt kein Muster präcisen und klaren Ausdrucks ist. Es werden zwei Beispiele vor-

96) Die Stelle ist schon darum interessant, weil sie zeigt, wie alt die uns beschäftigende Frage ist. Vgl. die vorige Note.

97) Vgl. Puchta, Institutionen I. S. 260 (8. Aufl.), Rudorff I. §. 67.

98) Für Erbeinsetzungen ist es bezeugt durch die Beispiele in unserer Stelle, für Vermächtnisse durch Gajus, so daß der allgemeine Ausdruck „impossibiles condiciones in testamento positae" absichtlich gewählt ist.

Digitized by Google

gebracht, wo die Bedingungen in futurum conceptae, aber schon zur Zeit der Testamentserrichtung theilweise vereitelt sind. Nun könnte an sich die Meinung von Servius und Labeo dahin gehen: Wenn nur der mögliche Theil der Bedingung in Erfüllung geht, so soll diese nicht als vereitelt, die Einsetzung nicht als hinfällig betrachtet werden.

Offenbar wäre auch dieses schon favor testamenti; denn da die Bedingung lautet: „wenn die M und N mich überleben", so ist sie vereitelt, sobald Eine von Beiden früher gestorben; ebenso, wenn es heißt: „wenn er den A und B und C freiläßt", und dieses hinsichtlich Eines von ihnen nicht mehr möglich ist. Wird doch dem unter mehreren Bedingungen Eingesetzten erst dann deferirt, wenn alle erfüllt sind (§. 11 Inst. de hered. inst. 2. 11; L. 5 D. de condic. instit. 28. 7). Ganz gewiß ist nun Folgendes: Servius, Labeo, Sabinus und Cassius stimmten darin überein, daß in den angeführten Fällen die Erbeinsetzungen nicht hinfällig seien. Unsere Stelle läßt den Gedanken zu, daß im Uebrigen ihre Ansichten nicht übereinstimmten; und zwar ergeben sich dann wieder zwei mögliche Annahmen:

a) die Entscheidungen der vier Juristen waren sachlich ganz übereinstimmend, jedoch verschieden motivirt. Servius und Labeo könnten so argumentirt haben: „Zwar vernichten unmögliche Bedingungen die Einsetzung; aber da die fragliche Bedingung noch einen möglichen Inhalt hat, ist sie keine unmögliche, sondern das Schicksal der Erbeinsetzung hängt davon ab, ob die noch Lebende den Testator überleben werde." Sabinus und Cassius dagegen könnten gesagt haben: „Zwar ist die Bedingung allerdings zum Theile unmöglich; aber das schadet nach unserer Ansicht der institutio nicht; soweit die Bedingung unmöglich ist, wird sie nach unserer allgemeinen Ansicht gestrichen."

b) Es ist aber auch möglich, daß der Dissens das Meritorische der Entscheidung betraf. Sabinus und Cassius könnten gesagt haben: „Da die Bedingung, so wie sie lautet, nicht in Erfüllung gehen kann, so ist sie überhaupt „impossibilis et pro non scripta". Consequenz wäre darin, aber eine rabulistische Consequenz! Wir wollen lieber annehmen, daß sich Pomponius schlecht ausgedrückt hat, als daß jene berühmten Juristen so ungerecht entschieden hätten; auch

Digitized by Google

ſpricht das „quoque“ gegen die Annahme eines meritoriſchen Diſſenſes. Ob die Vier auch in der Motivirung übereinſtimmten, ob die Schlußworte „quae sententia admittenda est“ zwei oder drei Anſichten vorausſetzen, läßt die Stelle wieder offen.[99]) Jedenfalls aber beweiſt ſie, daß Labeo in unſerer Frage dem favor testamenti mehr einräumte, als ſein ſpäter Nachfolger Neratius.

Noch verdient das Wort „quasi“ (impossibiles c.) Beachtung. Leider! iſt dies der unzuverläſſigſte Ausdruck. Pomponius kann ſagen wollen: „Sabinus und Caſſius haben ſolche Bedingungen als unmögliche“ oder aber: „wie unmögliche behandelt“[100]); letzteres iſt wahrſcheinlicher. Dann würde es ſich weiter fragen: warum nur „quasi impossibiles c.“? warum nicht „impossibiles c.“? wegen der nur theilweiſen Unmöglichkeit, oder aus anderem Grunde? Man beachte Folgendes: Die Unterſcheidung von condiciones possibiles und impossibiles paßt nur auf c. in futurum collatae, nicht auf c. in praesens vel praeteritum conceptae, wo denn auch Pomponius unterſcheidet „vera est (aut non)“ (ſ. die oben beſprochene L. 16 D. 28. 3).[101]) In der Mitte ſtehen c. in futurum conceptae, welche auf etwas an ſich Mögliches gehen, wo aber ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung der Ausgang entſchieden iſt, ohne daß der Teſtator es weiß; und dieſer Art ſind unſere Beiſpiele. Es heißt alſo wahrſcheinlich die Bed. darum quasi impossibilis, weil ſie (an ſich möglich, aber) zur Zeit der Setzung bereits vereitelt iſt. Nicht mehr quasi impossibilis, ſondern wirklich impossibilis wäre die Bedingung „si filia et mater mea vivent“ dann, wenn der Teſtator eine filia niemals gehabt hätte. Die beiden Fälle bieten nicht nur logiſche, ſondern auch pſychologiſche Verſchiedenheiten dar; denn im zweiten Falle iſt mehr Grund vorhanden, an der

99) Grammatiſch beziehen ſich dieſe Worte nur auf die Anſicht von Sabinus und Caſſius; ſachlich aber könnten ſie auf alle vier Juriſten, welche gegen die Anſicht des Neratius angeführt ſind, bezogen werden.

100) Keine der beiden Deutungen würde darüber entſcheiden, ob ſie die Bedingung ganz oder nur theilweiſe geſtrichen haben.

101) Als Gegenſatz zu „c. vera“ bedient er ſich nicht des Ausdruckes „c. falsa“, weil dieſer in anderem Sinne genommen wurde; ſ. L. 72 §. 7 D. de condic. et dem. 35. 1: Falsam condicionem Cassius et Caelius Sabinus impossibilem esse dixerunt, veluti ‘Pamphilus, si quod Titio debeo solverit. liber esto’, si modo nihil Titio fuit debitum.

Digitized by Google

Honorirungsabsicht zu zweifeln, als im ersten.[101a]) Ein glücklicher Zufall hat uns eine Entscheidung auch dieses Falles und zwar wieder von Servius erhalten. Sie ist von seinem Schüler Alfenus aufgezeichnet, in den Auszug des Paulus und von da in die Pandekten übergegangen, als L. 46 (45) D. de hered. inst. 28. 5, und lautet:

'Si Maevia mater mea et Fulvia filia mea vivent, tum mihi Lucius Titius heres esto.' Servius respondit: si testator filiam nunquam habuerit, mater autem supervixisset, tamen Titium heredem fore, quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß Servius beide Fälle zusammenhängend behandelt hat: diese condicio impossibilis und jene c. quasi impossibilis. Daher ist diese klare Stelle das beste Mittel, die Zweifel, welche die unklare Stelle des Pomponius übrig läßt, zu beheben. Es ergibt sich aus ihr: a) was wir ohnehin angenommen haben, was aber in dem ungenauen „non defici condicione" der L. 6 nicht enthalten ist, daß Servius und Labeo den möglichen Theil der Bedingung nicht erlassen haben; b) daß auch sie die Entscheidung so motivirt haben, wie die Sabinianer; es heißt in L. 46 (45) darum nicht: quia impossibiles condiciones in testamento scriptae nullam vim habent, weil Alfenus die Ungenauigkeit vermeidet, in welche Pomponius verfällt, m. a. W. weil hier nicht die ganze Bedingung, sondern nur der unmögliche Theil ihres Inhaltes gestrichen wurde; c) um so weniger dürfen wir eine meritorische Verschiedenheit der Entscheidungen des Servius und Labeo einerseits, und des Sabinus und Cassius andererseits annehmen; die L. 46 berechtigt uns, das „quoque" in L. 6 im Sinne vollkommener Gleichstellung zu deuten; d) unsere Deutung des „quasi" gewinnt dadurch, wenn beide Fälle zusammenhängend behandelt waren, an Wahrscheinlichkeit[102]); e) das wichtigste

101a) Die Bemerkung Scheurl's auf S. 278 fg. ist nicht überzeugend.

102) Auch in L. 6 D. de condic. instit. 28. 7 wird „quasi impossibilis" von einer Bedingung gesagt, welche zwar nicht gedankenmäßig, aber praktisch betrachtet eine unmögliche ist, kurz, von einer unmöglichen Bedingung, die nicht als reiner oder Muster-Fall zur Illustrirung des Begriffes dienen kann. A. M. auch hierin Scheurl S. 270 fg.

Digitized by Google

aber ist, daß Servius Erbeinsetzungen unter einer unmöglichen Bedingung für gültig erklärt hat. Schon hiernach müßten wir dasselbe von Labeo annehmen; es wird aber auch direct bezeugt durch L. 20 D. de condic. instit. 28. 7, wo Labeo sagt: ... nihilo minus puto statim eum heredem futurum, quia ἀδύνατος condicio pro non scripta accipienda est. Dadurch ist die oben zu Gajus III. §. 98 gemachte Bemerkung bestätigt, daß der Schluß vom legatum sub impossibili condicione auf die so bedingte institutio ein übereilter ist; der Gründer der „secta" der „Proculeiani" dachte über sie ebenso, wie die Häupter der Sabinianischen Schule; anders freilich Neratius Priscus, wobei man sich daran erinnert, daß die Späteren die „dissensiones (der Gründer) auxerunt".

Das Quellenmaterial über unsere Fragen ist relativ reich, aber zur Eruirung der geschichtlichen Entwickelung darum ungenügend, weil es die Ansichten der späteren, weder dieser noch jener „schola" angehörigen Juristen enthält. Sicher ist soviel: daß die Sabinianische Ansicht sowohl hinsichtlich der Legate als der Erbeinsetzungen im Zeitalter der Severe die herrschende war und als die im Justinianischen Rechte recipirte zu betrachten ist. Was aber war der Grund der Ausdehnung jenes favor auf Vermächtnisse? Denn auffallend ist sie, wenn die Streichung der Bedingung (wie wir behaupten) selbst gegen den klaren Willen des Erblassers geschieht, da der objective favor testamenti (die Begünstigung der Gültigkeit der T.) hier nicht zutrifft. Wir haben schon oben angedeutet, daß auch eine Begünstigung des Erwerbes aus Testamenten im römischen Rechte erkennbar sei, was wir erst weiter unten zu begründen versuchen werden, da wir jetzt zu den Behauptungen Scheurl's zurückkehren müssen.

Wären die Sätze über die unmöglichen und unsittlichen Bedingungen so beschränkt, subsidiär, harmlos gemeint gewesen, wie Scheurl annimmt, dann wäre es befremdend, daß sie zum Gegenstande solcher dissensio geworden wären und daß Gajus seine Lehrer getadelt hätte. Dagegen spricht auch, daß so kurzweg und allgemein gesagt wird: die Sabinianer erklärten das Legat für pur, die stipulatio für ungültig, dieselben Bedingungen hier und dort vorausgesetzt. Vollends aber das Beispiel! Wenn Gajus dieselben

Digitized by Google

Ansichten gehabt hätte, wie Scheurl, und seinen Schülern gleichwohl ein solches Beispiel gegeben hätte, müßte ihm nicht die Lehrbegabung abgesprochen werden, die er sonst doch überall bekundet? Scheurl will die Juristen gegen einen Vorwurf verwahren, gegen den sie die geschichtliche Betrachtung schützt, und setzt sie dabei einem schlimmeren aus! —

Und nun die Fülle anderweitiger, ebenso (oder noch mehr) allgemein lautender Zeugnisse!

L. 3 D. de condic. et dem. 35. 1: Obtinuit[103]), impossibiles condiciones testamento[104]) adscriptas pro nullis habendas (Ulpian. lib. VI. ad Sabin.).

L. 1 D. de condic. instit. 28. 7: Sub impossibili condicione vel alio mendo factam institutionem placet non vitiari (Ulp. lib. V. ad Sabin.). Diese Stelle ist von größter Beweiskraft, einmal, weil von den Compilatoren an die Spitze des Titels gestellt, dann, weil Ulpian diese Entscheidung, soweit sie die Erbeinsetzung betrifft, ganz richtig mit anderen Fällen der Vereinigung fehlerhafter Anordnungen zusammenstellt, also aus dem favor institutionis ableitet. Wir haben in dieser Abhandlung solcher „alia menda" schon genug kennen gelernt.

L. 6 D. eod. (Ulp. lib. IX. ad Sab.). Wie immer man über die dort erzählte „unerschwingliche Bedingung" denken mag[105]), die Motivirung am Ende: „dicendum erit, condicionem evanescere quasi impossibilem" gibt ein Zeugniß für die Behandlung der c. impossibilis.

L. 51 (50) §. 1 D. de hered. inst. 28. 5 (Ulpian. lib. VI. regul.): Si in non faciendo impossibilis condicio institutione heredis sit expressa, secundum omnium sententiam heres erit, perinde ac si pure institutus esset.

L. 5 §. 3. 4 D. quando dies 36. 2 (Ulp. lib. XX. ad Sabin.): Sed si ea condicio fuit, quam praetor remittit, statim dies cedit;

---

103) D. h. die Lehre hat die Oberhand behalten, ist zur allgemeinen Geltung gelangt.

104) Vgl. diesen sehr allgemeinen Ausdruck mit §. 10. Inst. de hered. inst. II. 14.

105) Siehe einerseits Savigny III., S. 165, andererseits Scheurl S. 270 f., 278.

Digitized by Google

idemque et in impossibili condicione, quia pro puro hoc legatum habetur.

Paulus sentent. III. 4b §. 1: (Condicio) . . . aut possibilis est, aut impossibilis; . . . . quarum ex eventu altera exspectatur, altera (impossibilis) submovetur.

Paulus' Edictscommentar ist entnommen L. 9 D. de cond. inst. 28. 7: Condiciones, quae contra bonos mores inseruntur, remittendae sunt. . . . .

Allgemeiner und deutlicher aber kann ein Zeugniß nicht mehr lauten, als L. 14 eod., welche Marcian's Institutionen entnommen ist: Condiciones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem obtinent scriptae, vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt, aut huiusmodi quas praetores improbaverunt, pro non scriptis habentur et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve. Von besonderer Wichtigkeit sind hier die „derisoriae condiciones", weil sie jeden Zweifel darüber ausschließen, daß es sich dabei nicht um möglichste Realisirung wohlwollender Absichten des Erblassers handelte, sondern um Begünstigung des Erwerbes aus Testamenten selbst gegen offenbar liebloſe und frivole Tendenzen desselben.[106])

Und endlich Justinian in §. 36 i. f. J. de leg. II. 20 und in §. 10 J. de hered. instit. II. 14: Impossibilis condicio in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur. Hier interessirt die vollständige Aufzählung letztwilliger Begünstigungen, wobei wir daran erinnern, daß anzunehmen ist: das uns beschäftigende singuläre Recht sei erst für institutiones eingeführt, dann auf legata und folgeweise später auf fideicommissa angewendet worden. Was aber die „libertates" betrifft, so sind damit selbstverständlich nur letztwillige Freiheits-Ertheilungen gemeint. Diese waren entweder mit der Erbeinsetzung verbunden (institutio cum libertate, cum libertate heredem instituere, Formel:

106) Dies einerseits gegen Scheurl, andererseits (und noch mehr) gegen alle Diejenigen, welche die Sabinianische Entscheidung damit vertheidigen, daß man dem Testirenden nicht die Frivolität derisorischer Absichten imputiren dürfe.

Digitized by Google

liber et heres esto), bez. seit L. 5 Cod. de necess. et serv. hered. 6. 27 in der Erbeinsetzung schon enthalten, oder Vindications-Legate (liber esto) oder Fideicommisse.[107]) Es ist wahrscheinlich, daß jenes ius benignum erst auf die institutio cum libertate, und erst später und nicht ohne Widerspruch auf die anderen Formen der Freilassung übertragen wurde, später als auf gewöhnliche Legate. Denn offenbar ist doch das Verhältniß des Testators zu seinem eigenen Sclaven ein wesentlich anderes als zu jedem anderen Honorirten; wenn das Recht diesen gegen Frivolität des Testators in Schutz nimmt, so braucht es Gleiches nicht auch dem Sclaven zu gewähren, der Rechtsfähigkeit erst durch die Gnade seines Herrn erhält, ohne dessen Willen also in großer Regel nicht. Daß aber das Recht letztwilliger Freilassungen voll Zweifelsfragen war, sagt uns Justinian selbst in L. 5 Cod. cit., dann in L. 14 Cod. de fideicomm. libert. 7. 4 (cum inter veteres dubitabatur . . .), L. 16 pr. eod. (dubitabatur ab antiquis, . . . sed veteris quidem iuris altercatio multa sibi super huiusmodi casibus resonavit . . .), L. 17 eod. (veteris iuris interpretes dubitabant . . .; talem altercationem resecantes . . .). Zugleich zeigt der ganze Titel (Cod. 7. 4)[107a]) und ebenso L. 5 C. cit. (6. 27), daß die Entwickelung in der Richtung des favor libertatis erfolgte, der in der christlichen Zeit unvergleichlich größer war als früher. Nur eine gänzliche Nichtbeachtung des geschichtlichen Entwickelungsganges konnte an L. 4 §. 1 D. de statulib. 40. 7 (Paul. lib. V. ad Sabin.) Anstoß nehmen oder daraus Zweifel und Argumente gegen die herrschende Lehre schöpfen. Sie lautet:

Non est statuliber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore is, qui manumissus est, vivere non possit; aut si tam difficilem, immo paene inpossibilem condicionem adiecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non possit, veluti: si heredi milies dedisset, aut cum moreretur, liberum

107) Niemals Damnations-Legate, weil der Sclave hier zuerst in das Eigenthum des Erben käme, dieser aber unmöglich seinem Sclaven gegenüber „damnas" sein kann!

107a) L. 1, 3, 4, 5, bes. aber L. 12 sind der Freiheit ungünstig, L. 8, 9 (10) zwar günstig, aber nicht singulär. Entschieden tritt der favor libertatis hervor in L. 10 (9) v. J. 260, namentlich aber in den Justinianischen Gesetzen.

Digitized by Google

esse iussisset: sic enim libertas inutiliter datur, et ita Julianus scribit, quia nec animus dandae libertatis est.[108])

Man hat gefragt, wie sich diese Stelle mit Pauli sentent. III. 4b §. 1 vereinigen lasse? Sehr einfach! Beide Stellen handeln von ganz verschiedenen Rechtsgeschäften: die eine von Erbeinsetzungen, die andere von Freilassungen. Diese wurden aber in unserer Frage nicht einmal den Vermächtnissen gleichgestellt, wie Pomponius (unter Berufung auf Julianus) ausdrücklich sagt. Die Freilassung unter der Bedingung „si in Capitolium non ascenderit" ist ungültig, „nec Mucianae cautioni locum esse" (L. 61 pr. D. de manumissis test. 40. 4), wenn gemeint war, daß er Zeitlebens nicht hingehen soll, was nicht gerade die Meinung gewesen sein muß; s. L. 17 D. eod. — Wie wenig der Schluß von der Freilassung auf die Erbeinsetzung zulässig ist, zeigt z. B. eine Vergleichung zwischen der oben interpretirten L. 6 D. 35. 1 mit L. 29 §. 4 D. de leg. III. Derselbe Labeo, der dort dem favor institutionis so viel einräumt, ist hier, wo es sich um eine bedingte letztwillige Freilassung handelt, so hart, daß er nicht nur die libertas des so bedachten Sclaven, sondern selbst die voluntas defuncti dem (peinlich urgirten) Wortlaut der Bedingung opfert.[109])

Es ist also ein unhistorisches und unkritisches Verfahren, wenn aus Stellen, die sich auf Freilassungen beziehen, W. Sell den Satz abgeleitet hat (S. 262): „Die letztwillige Disposition wird durch die unmögliche Bedingung ungültig, wenn die eigentliche Absicht des Disponirenden bei Hinzufügung derselben auf Vernichtung des Ganzen gerichtet war." Dennoch hat Vangerow (s. N. 108) diesen Satz beifällig aufgenommen, und Scheurl ihn ausführlich zu begründen versucht, unter Anderem auch mit Berufung auf die berühmte Papinian-Stelle (L. 15 D. de cond. inst. 28. 7)! „Hier frage ich nur, warum denn, wenn sonst die Regel der Nichtigkeit unmöglicher Testamentsbedingungen so unbedingt gelten soll, hier ihre

108) Vgl. über diese Stelle Savigny III. S. 166 N. t, S. 195 N. d, i; Vangerow II. S. 113 f. Z. 3; Sell S. 262 ff., Scheurl S. 272 ff.

109) Hiefür ist es irrelevant, daß dort theilweise Unmöglichkeit, hier theilweise (eig. scheinbare) Deficienz vorliegt. — Vgl. auch noch L. 12 D. de dote prael. 33. 4 (Scaevola).

Digitized by Google

Anwendung wegfällt?“ (S. 285. Er wiederholt dies S. 322.) Die — so nahe liegende — Antwort ist in dem oben (S. 143 fg.) Gesagten enthalten (s. auch Scheurl selbst S. 323). Ein weiteres Argument sollen die perplexen Bedingungen sein, die nicht gestrichen werden, sondern die Anordnung ungültig machen.[110]) Ihr Unterschied von den unmöglichen und unsittlichen Bedingungen ist aber so groß, daß man schwer begreift, wie sie ein Argument abgeben sollen. Bei den perplexen Bedingungen trägt die Willenserklärung einen Widerspruch in sich selbst, was von den anderen Fällen nicht gesagt werden kann.[111]) Die unmöglichen und unsittlichen Bedingungen widersprechen an und für sich — ganz abgesehen vom Inhalte des bedingten Rechtes — den Natur-, Rechts- oder Sitten-Gesetzen. Die perplexe Anordnung trägt den juristischen Widerspruch in sich selbst, hebt sich also selbst auf. Dieses gilt auch von L. 39 D. de manum. test. 40. 4. Die Freilassung für den Fall, daß der Sclave „alienus futurus sit“ ist ein ebensolcher juristischer Widerspruch, als das Vindicationslegat einer res in id tempus, quo aliena futura sit. Heißt es dagegen „Stichus liber esto!“ bez. „Gaius Stichum hominem capito sibique habeto!“ so vermag die (rechtswidrige) Veräußerung des Stichus durch den Erben die Freilassung, bez. das Legat, nicht zu vereiteln. Nur auf diese Analogien gehen die Worte des Paulus: nam inter libertatem et legatum, quantum ad hanc causam, nihil distat. — Aehnlich verhält es sich mit L. 51 D. de usufr. 7. 1 (cf. L. 5 D. de usu et usufr. leg. 33. 2). Jemandem ist ein ususfructus vermacht mit dem Anfangstermin „cum morietur“. Die Willenserklärung enthält einen juristischen Widerspruch in sich selbst, da das Recht in dem Augenblicke beginnen soll, in welchem es seiner Natur nach aufhört — wie denn die Ungültigkeit des Legats auch wirklich von Modestin so motivirt wird: usf. inutiliter (legatur), in id tempus videlicet collatus, quo a persona discedere incipit.

Endlich beruft sich Scheurl (S. 279 f.) darauf, daß sog. unmögliche Zeitbestimmungen nicht gestrichen werden, sondern die letztwillige Anordnung unmöglich machen. M. R. verwirft er die Be-

110) Scheurl §. 77; vgl. über die einschlägigen Stellen Sell §. 60, §. 61 (S. 267 ff.).

111) Vgl. auch Sell S. 267, 270.

Digitized by Google

trachtungen, welche Savigny (S. 202 f.) darüber anstellt. Aber der Satz selbst ist ja durchaus unerwiesen; Savigny verweist auf eine spätere Stelle (§. 126 N. i, k, l), wo er im allgemeinen Zusammenhange davon spricht, also auch Stellen anführt, die von Verträgen sprechen; scheidet man diese aus, so bleiben nur die soeben besprochenen: L. 51 D. 7. 1 und L. 5 D. 33. 2 und die oben erklärte L. 4 D. de statulib. 40. 7 übrig, also Stellen, welche jenen allgemeinen Satz zu beweisen ganz untauglich sind, weil die ersten zwei von einer perplexen Anordnung handeln, während die letzte auf die libertas geht, die freilich gegen den Willen des Herrn nicht eintreten kann. —

Nachdem wir nun den Rechtssatz von der Streichung der unmöglichen, unerlaubten, unsittlichen Bedingungen bei letztwilligen Honorirungen gegen alle Anfechtungen gesichert zu haben hoffen, kehren wir zur historischen Darlegung seiner Gründe zurück.

Der Hauptgrund ist der favor testamenti. Nur weil man diesen falsch verstanden hat (als Pietät gegen den wahren Willen des Erblassers), ist dieser Grund in neuerer Zeit von Vielen so geringschätzig behandelt worden. Deshalb betonen wir nochmals, der favor sei objectiv, als Begünstigung der Gültigkeit der Testamente zu verstehen. Dazu kommt die Begünstigung des Erwerbes aus ihnen. Sie erklärt die Ausdehnung des favor auf Vermächtnisse.

Der Wunsch, durch letztwillige Zuwendungen bereichert zu werden, war bekanntlich im römischen Volke so verbreitet und so mächtig, daß man eine Menge Vorsichten gegen Erbschleicherei und gegen Fälschungen von Testamenten für nöthig erachtete, und daß Augustus bei seinen Finanzmaßregeln diesen Hang in Rechnung zog. Erscheint nun schon uns eine derisorische Bedenkung als empörende Frivolität, so mußte das römische Publikum noch viel entschiedener für den Gefoppten gegen den Testator Partei nehmen. In einem Falle, wo der Erblasser Jemandem Hoffnung auf die Erbschaft gemacht, und sie dann einem Anderen zugewendet hatte, war die Parteinahme eine so lebhafte, daß das Volk „fallacis et insidiosi cadaver“ durch die Straßen schleifte. Val. Max. VII. c. 8 §. 5.[112])

112) Vgl. meine Abhdlg. über den Verlobungs- und den Trauring, S. 24

Digitized by Google

Die Juristen dieses Volkes — ohnehin gewohnt, die verschiedensten fehlerhaften Einschränkungen zu streichen, um Erbeinsetzungen aufrechtzuhalten — haben mehr Rücksicht für den Bedachten, als für den Erblasser gehabt, wenn Jener durch die Frivolität Dieses hätte leiden sollen. Sie haben also nicht bloß unsittliche, sondern auch foppende Nebenbestimmungen getilgt, die Zuwendung purificirt. Daß sie damit den wahren Willen des Verstorbenen in sehr vielen Fällen nicht befolgten, konnte ihnen weder entgehen, noch sie abschrecken; solche insidiosa voluntas flößte ihnen wenig Respect ein, da sie doch selbst über den ganz harmlosen Willen des Erblassers in vielen Fällen hinwegzugehen genöthigt waren (z. B. wegen der Unzulässigkeit von dies und Resolutiv-Bedingung, wegen des nemo pro p...).

Sell führt alle für das Dogma von der c. impossibilis pro non adiecta vorgebrachten Erklärungsversuche auf drei Hauptgedanken zurück (S. 39): Als Grund werde angegeben: 1. Der vermuthliche Wille des Testators, 2. die gesetzliche Begünstigung der letztwilligen Dispositionen, 3. ein odium gegen den Testator, welcher solche Bedingungen seiner Disposition hinzugefügt hat. Die letzte Meinung habe die wenigsten Anhänger. Er citirt für sie Brüssel[113]: Itaque si tam impudens testator fuerit, ut rem impossibilem aut legibus improbatam facere iusserit, in odium eius impudentiae, et favore eius, cui talem condicionem adscripsit, conditio prorsus pro non scripta erit....; dann nochmals: in odium eius etc., non in favorem testamenti, ut vulgo probatum est. Er sowohl, als der seine Ansicht mißbilligende Sell stimmen also darin überein, daß sie diesen favor und jenes odium für widerstrebende Tendenzen halten, während sie in Wahrheit sich gar wohl verbünden konnten; man muß nur die ebenso falsche, als verbreitete Vorstellung aufgeben, als ob der favor testamenti ein favor testatoris wäre.

(bez. Sitzungsberichte d. phil.-hist. Cl. d. k. Akademie in Wien, 1870 (Juliheft), S. 848.

113) Philiberti Brusselii de Bruxell. tract. de conditionibus testamentorum, contractum et pactorum libri quatuor. Das (von mir nicht direct benutzte) Buch ist erschienen in Löwen 1560, dann in der Stadt, deren Namen der Bf. trägt, 1659 (8°), dann in Frkft. u. Lpzg. 1700. In der letzten Ausgabe stehen die einschlägigen Stellen p. 298 sq. Dieselbe Ansicht hat Höpfner §. 491 Z. 4; sieh dort die lange und dogmengeschichtlich lehrreiche Anm. 3.

Digitized by Google

Nun wird es auch noch einleuchtender sein, warum von Freilassungen auf andere letztwillige Anordnungen kein Rückschluß gemacht werden kann. Ob sich Jemand mit seinem Mitbürger einen frivolen Spaß erlaubte, oder aber mit seinem eigenen Sclaven, ist doch nicht dasselbe! Es ist auffallend, daß Scheurl jenes verkannte, wo er dieses doch selbst anerkennt. (S. 274: „Aber einen eigenen Sclaven zu verhöhnen, konnte doch nicht wohl als unerlaubt gelten.")

Hier erhebt sich aber ein ernstliches Bedenken. Ist es kein Widerspruch, daß Jemand als honorirt behandelt wird, gegen den der Erblasser eine lieblose Gesinnung an den Tag gelegt hat? Daß es sich um singuläre, willkürliche Rechtssätze handelt, ist ja unzweifelhaft; sie lassen nur eine historische Erklärung zu. Aber — kann man einwenden — wie verträgt sich dieses mit der Ungültigkeit des poenae nomine relictum? Mit Recht erklärt man doch diese daraus, daß nicht sowohl zu Gunsten des B, als zu Ungunsten des A vermacht wird.[114]) Daß nun auch diese Bestimmung nicht selbstverständlich, sondern eine Eigenthümlichkeit des römischen Rechtes ist (die ja Justinian im Principe aufgehoben hat), ist ebenso gewiß. Aber der anscheinende Widerspruch ist doch nicht so arg, als er auf den ersten Blick scheint. Es unterscheidet sich nämlich dieser Fall von den uns ex professo beschäftigenden Fällen zweifach: 1. Wir haben überall nur Sanirungen von „menda" einer letztwilligen Anordnung kennen gelernt, welche durch einfache Ignorirung einer Einschränkung (einer Bedingung, einer Zeitbestimmung, einer absoluten Theilangabe u. dgl.) geschehen konnten. Auf solche Weise läßt sich aber das poenae nomine legatum nicht saniren. 2. Im Gegentheile erscheint es selbst, ähnlich einem Modus, als eine Beschränkung des Erben, und wird als solche getilgt. Dies ist freilich eine Härte gegen den Legatar, zugleich aber eine Milde gegen den belasteten Erben.[115]) Daß die Streichung „odio scribentis" geschieht, dafür kann die Analogie

114) Vgl. über diese Anordnungen Sell §. 64.

115) Das unter 1. und 2. Gesagte dürfte es auch erklären, warum „turpia legata" ungültig sind (L. 54 pr. D. de leg. I), während „turpes conditiones" die Bedenkung nicht vereiteln, sondern gestrichen werden. Vgl. Sell §. 63 und Scheurl S. 299 ff. — Die Erwägung unter 3. hingegen (s. weiter im Texte) trifft hier nicht zu.

Digitized by Google

der L. 54 pr. D. de leg. I. (s. N. 115) angeführt werden. Dabei ist zu beachten, daß die Ungültigkeit des p. n. relictum zunächst nur für Legate ausgesprochen war, und erst später, und nicht ohne Widerspruch auf Erbeinsetzungen ausgedehnt wurde, wie Gajus berichtet: Erst sagt er (II. §. 235): Poenae quoque nomine inutiliter legatur . . . Dann (§. 236): Nec libertas quidem poenae nomine dari potest, quamvis de ea re fuerit quaesitum. Später (§. 243): Cetera vero quae supra diximus, ad legata proprie pertinent, quamquam non inmerito quibusdam placeat, poenae nomine heredem instituí non posse; nihil enim interest, utrum legatum dare iubeatur heres, si fecerit aliquid, aut non fecerit, an coheres ei adiiciatur, quia tam coheredis adiectione quam legati datione conpellitur, ut aliquid contra propositum suum faciat aut non faciat. In dieser Beziehung und in praktischem Ergebniß ist allerdings kein Unterschied, sonst aber doch wohl. Der Zusammenhang zwischen der Einsetzung des A und dem poenae nomine relictum des B ist beim Legate ein ähnlicher, wie bei einem Modus zu Gunsten des B; bei der Einsetzung des B dagegen liegt er darin, daß die Suspensiv-Bedingung des B in Wahrheit eine Resolutiv-Bedingung für den A ist.[116]) Es ist auffallend, daß die römischen Juristen dieses Bedenken nicht äußern, sondern auch hier nur die Unzulässigkeit des poenae nomine relinquere betonen. Vgl. den Bericht in §. 36 D. de leg. II. 20 (wo für die Ausdehnung des Verbotes auf Erbeinsetzungen Sabinus angeführt wird). Bekanntlich hat Justinian das Verbot aufgehoben, exceptis his videlicet, quae impossibilia sunt vel legibus interdicta aut alias probrosa. Vgl. §. 712 österr. a. b. Gb. 3. Endlich ist dieser Unterschied zu beachten: Durch Streichung der condicio impossibilis wird dem A etwas auf Grund des Testamentes des E zugewendet, obwohl sich darin keine wohlwollende Gesinnung des E gegen A ausspricht. Hätte man das poenae n. legatum gelten lassen, so hätte man dem B zugewendet auf Grund einer Anordnung, die nicht sowohl zu

116) Dies wird dadurch verdeckt, daß ihrer Fassung nach die Bedingung als Suspensiv-Bedingung für den B erscheint, und dadurch, daß A jedenfalls Erbe bleibt. Seit Justinian solche Anordnungen zuließ (§. 36 I. de leg. II. 20), trat im Falle der Verwirklichung der „poena" eine Decrescenz ein. Vgl. oben S. 95.

Digitized by Google

Gunsten des B, als zu Ungunsten des A gemacht war. Indem man aber diese Anordnung streicht, erhält man dem A etwas, das er nach dem eigentlichen Willen des E verloren hätte. Also auch hier geschieht die Streichung odio scribentis zu Gunsten Desjenigen, dem die Anordnung ungünstig ist.

Wir haben zu erklären versucht, warum unmögliche Nebenbestimmungen selbst gegen den evidenten Willen des Erblassers gestrichen, bez. die Honorirungen aufrecht erhalten wurden. Um so mehr verstand sich die gleiche Behandlung in favorem testamenti dort von selbst, wo es möglich oder gar wahrscheinlich war, daß sie den Absichten des Testators entspreche. Davon kann nun bei condiciones in praesens vel praeteritum conceptae niemals die Rede sein. Der Testator sagt: „Ich weiß nicht, ob x wahr ist oder nicht, nur im ersteren Falle soll N mein Erbe sein." Hier ist ein Zweifel über seine Intention nicht möglich.

Ebenso wird aber darin, wenn auch x nicht wahr ist, eine derisorische Absicht nicht leicht erkannt werden können; wenigstens mochte solches viel seltener vorkommen, als derisorische unmögliche Bedingungen. Dies dürften wohl die Ursachen sein, warum solche condiciones non verae anders behandelt wurden, als cond. impossibiles.[117]) — —

Wir haben also auch in diesem Abschnitte eine Reihe von Fällen betrachtet, wo letztwillige Anordnungen, die an sich hätten ungültig sein sollen, gültig waren, ja mehr Geltung hatten, als der Testator gewollt und gewünscht hatte.

Neuner hat die Verwandtschaft dieser Fälle und der Sanirung der institutio ex re certa geleugnet (S. 36 Note 26), weil er eine unrichtige Vorstellung mit dem „favor testamenti" verbindet, und zu einseitig alles Gewicht auf „die hohe Bedeutung der heredis institutio" und auf die ausgeprägte Bedeutung des Wortes „heres" legt. Dagegen hat der ältere Dernburg die Zusammengehörigkeit der Fälle erkannt, obgleich er die Frage nicht untersucht, sondern nur mit wenigen Worten gestreift hat (S. 314). —

117) Vgl. das oben (S. 146 bei N. 87a) gegen Savigny Gesagte.

Digitized by Google

IX.

Vielleicht möchte, wenn das ganze Erbrecht auf diese Frage hin geprüft würde, sich noch manche andere Folge des favor testamenti nachweisen lassen. Doch müßte dabei vorsichtig zu Werke gegangen werden; denn nicht jeder der Aufrechterhaltung letztwilliger Verfügung günstige Rechtssatz ist aus diesem Gesichtspunkte zu erklären.

So z. B. wird nach prätorischem Rechte der abstinirende heres suus so betrachtet, als ob er nicht wäre Erbe geworden; und zwar nicht bloß zu seinen Gunsten und Ungunsten, sondern auch dort, wo Rechte Dritter in Frage kommen. Folglich sollte, wenn der Abstinirende der einzige Erbe ist, bez. wenn alle Eingesetzten sui sind und abstiniren, das Testament als destituirt (t. desertum) betrachtet werden, und alle Consequenzen hievon gezogen werden. Dennoch ist dieses nicht der Fall[118]), wenngleich die Vermächtnisse allerdings hinfällig werden.[119]) Daß gewisse andere Anordnungen in Kraft bleiben, erklärt sich nicht aus dem favor test., sondern daraus, daß der suus heres eben ein necessarius heres ist, und, auch wenn abstinirend, nach Civilrecht es bleibt: er behält das nudum nomen heredis (L. 2 §. 8 D. ad Sc. Tertull. 38. 17); filius nomine est heres (L. 6 §. 2 D. de bonis libert. 38. 2).

Dagegen liegt schon immerhin einiger favor testamenti darin, daß ein Testament, worin sich dem Rechts- oder Sitten-Gesetze direkt und frivol widersprechende Anordnungen finden, nicht ungültig ist, daß auch hier utile per non utile non vitiatur. Das Testament ist eine lex privata, vor der selbst die lex publica, welche die Familienerbfolge ordnet, zurückweicht. Wie nahe hätte es gelegen, daß die Rechtsordnung diese hohe Bedeutung versagt hätte einem Willen, der sich gegen sie auflehnt. Das Testiren ist die souveränste Bethätigung des Eigenthums und ein frivoles Testament ist solcher Ehre nicht würdig. Das römische Recht läßt es aber dennoch, unter Ausstoßung des vitiosen Bestandtheiles, gelten, und alle modernen

---

118) S. Mühlenbruch 42. Bd. §. 1489, bes. S. 362 ff.

119) Mühlenbruch S. 357, S. 383 f., bes. N. 22.

Digitized by Google

Gesetzgebungen thun schon deshalb dasselbe, als ob dies etwas Selbstverständliches wäre.[120]) —

Das römische Testament, das unter so solennen Formen errichtet wurde, war auch mit einer Kraft ausgestattet, die uns Moderne befremdet, bei denen jene Formen so abgeschwächt sind (z. B. in Oesterreich beim holographen Testament fast bis zur Formlosigkeit). Trotz der „ambulatoria voluntas“ war es in einem gewissem Sinne unwiderruflich, oder deutlicher gesagt: es gab im quiritischen Rechte keinen Testaments-Widerruf. Dieser Rechtssatz wirkt bis in das neueste Recht nach. Wenn Jemand mündlich oder schriftlich, und sei es noch so feierlich, unter Zuziehung von noch so vielen Zeugen erklärt, daß sein Testament nicht mehr gelten solle, so genügt dies zur Entkräftung noch nicht, sondern erst unter Hinzutritt anderer Umstände (L. 27 Cod. de test. 6. 23)[121]), und dies erst im neuesten Recht; noch den classischen Juristen war der Testaments-Widerruf im eng. S. unbekannt; nur der testator miles genoß auch hier eines Privilegs: L. 15 §. 1 D. de test. mil. 29. 1. Der Widerruf durch absichtliche Zerstörung der Testaments-Urkunde gehört dem prätorischen Rechte an. „Nach ius civile kann ein Testator sein Testament nur durch Errichtung eines neuen Testamentes aufheben.“[122]) Nun muß man aber weiter gehend sagen: da das gültige neue Testament ohne alle Rücksicht auf den Willen des Erblassers das frühere mit rechtlicher Nothwendigkeit gänzlich beseitigt, so gab es im ius civile überhaupt keinen Testaments-Widerruf; das ältere Testament wird durch das neue vernichtet, weil es das neuere ist, nicht weil sich darin ein Widerrufswille ausspricht. Ist der Inhalt ein ganz widersprechender, so bedarf es keiner ausdrücklichen Zurücknahme des früheren; ist der Widerspruch nur ein partieller, so ist doch das frühere Testament seinem ganzen Inhalte nach aufgehoben; ja dies wäre nicht anders, wenn gar kein Widerspruch vorhanden wäre, sogar dann nicht, wenn das erste Testament in dem zweiten ausdrücklich bestätigt wäre; erst das spätere Recht suchte

120) Damit ist nicht de lege ferenda das Gegentheil beantragt, sondern nur die Frage als eine discutirbare bezeichnet.

121) Mühlenbruch 38. Bd. S. 267 ff.

122) Krüger in d. Ztschft. f. Rechtsgeschichte XIV. Roman. Abth. S. 53, und dessen „Kritische Versuche“ S. 1—40 (bes. S. 14).

Digitized by Google

hier zu helfen.[123]) Zwei Testamente können nicht neben einander bestehen; nemo (nisi miles) cum pluribus testamentis decedere potest, eine Regel, die zwar dem Wortlaute, nicht aber der Sache nach den Römern fremd war, und die mit der anderen Regel „nemo pro parte“ eng zusammenhängt.[124]) „Posteriore testamento superius rumpitur“ (§. 2 J. qbs. mod. test. infirm. 2. 17) „nicht nur ohne ausdrücklichen Widerruf, sondern trotz ausdrücklicher Bestätigung.“[125]) Würde Jemand im Jahre 70 testirt und dann im Jahre 75 ein Testament mit wörtlich gleichem Inhalte gemacht haben, so würde nur ein Testament, und zwar das vom Jahre 75 juristisch vorhanden sein. Es ist mithin das neue Testament eine der Thatsachen, welche das alte entkräften, aufheben, aber es ist kein Widerruf im technischen Sinne.[126]) Dieses Institut war den Römern in der älteren Zeit fremd; und dieses ist der stärkste Beweis für die hohe dem Testamente beigelegte Bedeutung, und zugleich dafür, daß die Begünstigung seiner Gültigkeit nicht in der Achtung für den wahren Willen des Erblassers gegründet ist.

Erbeinsetzungen participiren an dem favor testamenti in höherem Maße als Vermächtnisse, quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio (Gaius II. §. 229). Dem entspricht in der Lehre von der Aufhebung die Thatsache, daß es damit bei Vermächtnissen leicht, bei Einsetzungen streng genommen wurde. Dort „leicht“, denn sonst wäre nicht schon im classischen Recht ein Rechtszustand möglich gewesen, den Arndts (Pandekten §. 551) so beschreibt: „Den Willen der Zurücknahme einzelner Vermächtnisse kann der Erblasser durch Ausstreichen der betreffenden Verfügung, wie durch ausdrückliche Erklärung kundgeben; es genügt überhaupt,

123) Vgl. Windscheid §. 565 N. 2.

124) Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 795; Sintenis III. §. 179 bei und in N. 36; Vangerow II. §. 460; ausführlich darüber, aber theilweise unrichtig Mühlenbruch 38. Bd. §. 1430.

125) Windscheid §. 565.

126) Die Römer bezeichnen das frühere Testament nicht als revocatum, sondern als ruptum. Sie sagen: testamentum rumpitur aut adgnatione vel quasi adgnatione postumi aut posteriore testamento. Cf. §. 1 §. 2 I. l. c. II. 17. L. 1 D. h. t. 28. 3 spricht von beiden Fällen, L. 2 von der ruptio posteriore testamento, L. 3 von der ruptio adgnatione postumi.

Digitized by Google

um dem Vermächtniß seine Kraft zu nehmen, jeder Beweis der Willensänderung, die auch aus andern Handlungen .... hervorgehen kann, und im Falle heftiger, nicht versöhnter Verfeindung des Erblassers mit dem Vermächtnißnehmer vermuthet wird." Anders bei Erbeinsetzungen. „Die bloße Gewißheit, daß der Testator das Testament habe zurückziehen wollen, oder nachträglich eingetretene Feindschaft mit den eingesetzten Erben genügt nicht, dieselben als indigni zu behandeln"[127]), geschweige denn, das Testament aufzuheben, L. 22 D. de adim. v. trsf. legat. 34. 4 (Papinianus). Gleiches sogar beim testator miles: L. 36 §. 3 D. de test. mil. 29. 1 (ebenfalls von Papinian). Wurde die Einsetzung gestrichen, so hatte dies Anfangs gar keine Bedeutung, auch wenn es nachweislich vom Testator in Widerrufsabsicht geschehen war. Später wurde dem Erben, dessen Namen ausgestrichen war, als einem „indignus" sein Erbtheil vom Fiscus eripirt. Noch später trat prätorische (oder vielleicht selbst civile) Ungültigkeit der gestrichenen Anordnung ein.[128]) Gewiß ist, daß es eine Zeit gab, wo die Durchstreichung wirkungslos war. Es blieb also nur der Widerruf übrig. Geschah dieser in einem neuen Testamente, so hat er, wie gezeigt, gar keine selbständige Bedeutung. Geschah er in einem Codicille, so war er erfolglos; codicillis hereditas adimi non potest.[129]) Es blieb also keine andere (als die ziemlich werthlose) Möglichkeit, noch in demselben Testamente, in dem die Einsetzung stand, sie ausdrücklich zu widerrufen. Aber diese wenigstens (so möchte man erwarten) blieb doch offen. Nein, auch sie nicht! L. 13 §. 1 D. de lib. et post. 28. 2 (Iulian.) (cf. L. 6 §. 4 D. de hered. instit. 28. 5); L. 1 §. 4 D. de his, quae in test. del. 28. 4 (Ulp.). Wie man in gewissem Sinne sagen darf: das Testament konnte nach römischem Civilrecht nicht widerrufen werden, so kann man sagen: die Erbeinsetzung war unwiderruflich. Ein Mißverständniß dieser Sätze ist bei juristisch gebildeten Lesern nicht zu besorgen. Die Formulirung könnte wegen der „ambulatoria voluntas" anstößig erscheinen; aber

127) Krüger in d. Ztschft. (s. N. 122) S. 54.

128) Das spätere Recht liegt im Dunkeln. Vgl. Krüger, Kritische Versuche a. a. O.; Leist IV. S. 223 fg., 276; Windscheid §. 673 N. 1.

129) Darüber ausführlich Fein in Glück's Commentar 44. Bd. S. 109 ff. Vgl. auch Krüger S. 17 fg.

Digitized by Google

dies Bedenken hat die römischen Juristen nicht abgehalten, die Regel zu formuliren: hereditas (semel data) adimi non potest. Dies bezeugt Julianus in L. 13 §. 1 cit.: Regula est iuris civilis, qua constitutum est, hereditatem adimi non posse. Auch noch der viel spätere Ulpian wiederholt sie (allerdings etwas abgeschwächt): hereditas semel data adimi facile non potest (L. 1 §. 4 cit.). Und wie wir in diesem Aufsatze schon oft von Ausnahmen zu Gunsten der Verfügungsfreiheit des testator miles gehört haben, so fehlt auch hier eine die Regel bestätigende Ausnahme gleicher Tendenz nicht. Gajus bezeugt Regel und Ausnahme zugleich in L. 17 §. 2 D. de test. mil. 29. 1: Si eodem testamento miles eundem heredem, deinde exheredem scripserit, ademta videtur hereditas; cum in paganorum testamento sola hereditas exheredatione adimi non possit. Es ist unrichtig, wenn Mühlenbruch diese Unwiderruflichkeit aus dem Satze „exheredationes non sunt adiuvandae" erklären will, da es sich ja nicht um eine technische Exheredation handelt. Es ist aber ebenso unrichtig, wenn (dies erkennend) Neuner den Satz semel heres semper heres hierher zieht.[130]) In dem Zusammenhange, in welchen wir jene Rechtsregel hier gestellt haben, dürfte sie weniger räthselhaft erscheinen.

Wir sehen also hier eine sehr verschiedene Behandlung der Erbeinsetzungen und Vermächtnisse. Gleichwohl ist darin ein gemeinschaftlicher Gedanke zu entdecken: die Begünstigung des eingesetzten Erben, welchem ja der Wegfall der Vermächtnisse ebenso zu Gute kommt, wie die Aufrechterhaltung der Einsetzung. Darum muß man bei dem favor testamenti nicht sowohl an eine Begünstigung des Testators, als vielmehr an eine solche des Erben denken, wie ja auch bei den sog. Nebenbestimmungen (besonders bei den unmöglichen Bedingungen) gezeigt wurde. Es liegt nahe, zur Bestätigung dieses Gedankens zu sagen: „Kein letzter Wille wurde so respectirt, wie der des miles; und gerade auf sein Testament fanden die aus dem favor testamenti abgeleiteten Rechtssätze keine Anwendung." Dies wäre aber doch nicht richtig. Denn Ausflüsse des favor testamenti sind nicht die Regeln: nemo pro parte, nemo c. pluribus test., semel h. s. h. u. s. w.; sondern diejenigen

130) Die hered. instit. ex re certa, S. 37 N. 26.

Digitized by Google

Rechtssätze, durch welche ein gegen jene Regeln verstoßendes Testament aufrecht erhalten wird. Und nicht hinsichtlich der Gültigkeit, sondern darin unterscheiden sich die testamenta militum von den t. paganorum, daß jene die Testirfreiheit beschränkenden Regeln auf den miles nicht angewendet wurden.

X.

Der gemeinschaftliche Grund mehrerer Sätze des römischen Erbrechtes ist der favor testamenti. Was aber ist der Grund dieses Grundes? —

Bekanntlich ist die Testirfreiheit specifisch römisch; in die modernen Rechte ist sie aus dem römischen großentheils übergegangen; aber den von römischem Einfluß unberührten Völkern war sie fremd, und ist es vielen noch heute. Hier besteht nicht bloß ein Unterschied, sondern fast ein Gegensatz zwischen den Römern und den meisten andern Völkern. Bei diesen spielen letztwillige Verfügungen keine oder doch nur eine untergeordnete Rolle, bei den Römern die größte. Die Familien-Erbfolge, welche fast überall als die regelmäßige, wo nicht einzige, galt und großentheils noch gilt, wird von den Römern negativ bezeichnet als successio ab intestato, womit ausgesprochen ist, daß in Rom das Verhältniß von Regel und Ausnahme das umgekehrte war, als anderswo. Den Germanen erschien das allmälig eindringende Testiren sündhaft[131]), den Römern als eine Sache, die dem paterfamilias wohl anstehe.[132]) Wo die Testirfreiheit allmälig aufgekommen ist, hat sie mit der Zeit zugenommen. Gerade umgekehrt bei den Römern: in alter Zeit volle Testirfreiheit, die erst später (und dann immer mehr und mehr) eingeschränkt wurde. Dieses erklärt sich aus der den Römern eigenthümlichen despotischen patria potestas, welche dem Haupte des Hauses unbeschränkte Herrschaft über die „familia“ (in jedem Sinne dieses Wortes) gab. Die Testirfreiheit ist ihr Ausfluß[133]), nimmt daher

131) „Wer will wohl und selig sterben, laß sein Gut den rechten Erben.“ „De will ruhig starwen, lat sin god den rechten arwen.“

132) Quid procreatio liberorum, quid propagatio nominis, quid adoptiones filiorum, quid testamentorum diligentia .... significant nisi nos futura etiam cogitare? Cicero Tuscul. quaest. I. 14.

133) L. 11 i. f. D. de liberis et post. 28. 2: ... licet eos exheredare, quos et occidere licebat. (Paulus lib. II. ad Sabin.)

Digitized by Google

auch im gleichen Maße, wie sie selbst, an Stärke ab. Dieses hängt wieder mit dem energischen Selbstbewußtsein des Individuums zusammen, welches der Grund ist, warum die Römer das Privatrecht vom öffentlichen so scharf wie kein anderes Volk gesondert haben. Auch die ehegüterrechtlichen Verhältnisse liebte der Römer individuell zu ordnen, während andere Völker auch hier altem Herkommen, objectiven Normen sich gerne fügen. Das gesetzliche Ehegüterrecht geht bei der Manusehe im Rechte der potestas auf, später mit ihr unter. Während bei uns gerade in den Schichten der Gesellschaft, wo das beste Familienleben sich noch erhalten hat, eine sentimentale Scheu von Ehepacten abhält, erschien es umgekehrt den Römern unanständig, ohne solche eine Ehe einzugehen.[134])

Es ließe sich noch Vieles über die römische Testirfreiheit und die Bevorzugung der testamentarischen Erbfolge sagen, aber kaum Etwas, das nicht schon Gans, Lassalle und — in meisterhafter Darstellung — Ihering gesagt hätten, und das seither unzählige Male variirt worden wäre. Auch die Germanisten haben das Thema oft genug besprochen.

Es liegt im Wesen aller Forschung, daß auf jede Antwort eine neue Frage, auf jedes „darum" ein neues „warum" folgt. Aber die Rechts- und Cultur-Geschichte muß sich zuletzt mit der Constatirung gewisser Thatsachen zufrieden geben, welche als der Ausdruck des Volkscharakters erscheinen.[135]) Dieser selbst bleibt dem menschlichen Gedanken verschlossen und undurchsichtig, wie jede concrete Realität, die sich im besten Falle beschreiben, niemals erklären läßt.

---

134) Vgl. Bechmann, Dotalrecht §. 10; Kuntze, Excurse (2. Aufl.) S. 365. Wären die Ehepacte nicht so allgemein gewesen, niemals hätten die Kaiser auf den Gedanken kommen können, es einzuschärfen, daß eine Ehe auch ohne dotalia instrumenta gültig geschlossen werden könne, wovon Justinian sogar eine Ausnahme angeordnet hat. S. die Stellen bei Brinz (1. Aufl.) I. S. 11, Hasse, Güterrecht der Ehegatten §. 36.

135) Dabei wird sich freilich der Eine früher, der Andere später beruhigen. So z. B. sagt Wenck in praefatio zu Haubold Opuscula academica (I. p. XXVIII) schon von der Regel Nemo pro parte . . . „Sed eius principii . . . aut nulla aut una, nisi fallor, proferri debet ratio, in ipsius populi ingenio posita.

Digitized by Google

Digitized by Google

V.

Anwachsungsrecht beim testamentum militis.

Digitized by Google

Digitized by Google

I.*)

Soviel Rücksicht das spätere römische Recht bei der Accrescenz auf den Willen des Testators genommen hat, so trat sie doch immer mit rechtlicher Nothwendigkeit ein. Nur beim Militär-Testament wird sie schlechthin vom Willen des Testators abhängig gemacht, wie denn überhaupt hier, aber auch nur hier, die möglichst genaue Verwirklichung des eigentlichen Willens des Erblassers leitender Grundsatz war. Da nun der gleiche Grundsatz auch das österreichische Recht beherrscht, so machte es sich von selbst, daß in diesem viele Rechtssätze gelten, welche im römischen nur als Ausnahmen zu Gunsten der Militär-Testamente vorkommen. Darauf hat schon Unger aufmerksam gemacht, und wir haben, ihm folgend, an sehr vielen Stellen unseres Commentars diese Uebereinstimmung im Einzelnen nachgewiesen. Diese kehrt nun auch in der vorliegenden Materie wieder. Nach unserem Gesetzbuch tritt im Zweifel Accrescenz nicht ein (§. 560 ff.); hat der Testator die Instituirten auf einen Theil des Nachlasses eingeschränkt, so nimmt man an, daß es ihm damit Ernst war, und es fällt der Rest an die gesetzlichen Erben. Nur darin geht unser Gesetz zu weit, daß es — den Unterschied zwischen unvollständiger Austheilung und zwischen Erledigung eines Theiles verkennend — die Erweiterung einer certa pars niemals zuläßt. Es geht von der falschen Voraussetzung aus, als ob die Theilangaben immer absolut gemeint sein müßten, während sie sehr wohl auch heute eine bloß relative Bedeutung haben können. Ob diese oder jene beabsichtigt war, ist eben quaestio voluntatis.

*) Dieser Aufsatz ist eine Ergänzung zu beiden früheren Abhandlungen. Diese Detailfrage mußte dort ausgeschieden werden, um den Zusammenhang der Darstellung nicht zu zerstören. Vgl. S. 114 N. 13.

Digitized by Google

Daß diese im Zweifel zu Gunsten der gesetzlichen Erben zu entscheiden sei, das kann man sich immerhin gefallen lassen. Und hiermit (also abgesehen von jener Uebertreibung) stimmt auch das Recht der testamenta militum überein.

Zu widersprechen scheint nur die L. 3 Cod. de test. mil. 6. 21. Der miles hatte seine Tochter „ex uncia", seine Witwe „ex duabus unciis" eingesetzt, und „de residuis portionibus" nichts gesagt. Wenn ein Römer zu Cicero's Zeit „uncia" schrieb, so mußte er wissen, daß dieß Wort $^1/_{12}$ bedeute; wenn aber ein Soldat des polyglotten Heeres im Anfange des dritten Jahrhunderts unserer Zeitrechnung das Wort gebrauchte, so ist es leicht möglich, daß er es im Sinne von „Erbtheil" nahm. So schreibt ja noch heute der italienische Testator „il mio asse" (mein Nachlaß), ohne zu wissen, daß damit die Theilung negirt sei. Da nun die nächsten Angehörigen des Soldaten eingesetzt waren und das Testament sich nicht als unvollständige Verfügung gab, so ist jene Auslegung die unzweifelhaft richtige. Dieß sagt auch das Rescript (v. J. 213) ausdrücklich: in tres partes divisisse eum apparet hereditatem. Das ist aber keine Anwachsung, sondern eine corrigirende Interpretation; „uncia" ist eben als „pars" gemeint. Richtig wird ferner bemerkt, daß es in diesem Falle (in Valeriani testamento) das gleiche Resultat ergebe, ob man, der „simplicitas militaris" zu Hilfe kommend, den Ausdruck berichtigt, oder „iure communi" verfahrend, die Theilung vervollständigt. Gewiß war diese Entscheidung dem Willen des Testators gemäß und allein mit Rücksicht hierauf und nicht auf das ius commune gefällt; es wird nun gesagt, daß sie auch („etiam") iure communi ebenso ausfallen müßte. Diese Stelle macht also, unbefangen betrachtet, gar keine Schwierigkeit.[1])

1) Unzulässig ist es, aus ihr zu folgern — wie Mühlenbruch 42. Bd. S. 92, im Widerspruch mit S. 91, thut — daß im Zweifel gegen die Intestaterben zu entscheiden sei, „wenn der Soldat auch dem Buchstaben nach seine Erbschaft nur unvollständig vertheilt hat". Besser, aber auch nicht ganz befriedigend, Baumeister Anwachsungsrecht unter Miterben (1829) S. 153. Mit der „schlechten Rechenkunst" hat unsere Stelle nichts zu thun; andererseits bleibt dort unbeachtet, daß es sich um Tochter und Witwe des Testators handelt, was Reuner S. 488 N. 14 richtig betont. — Vgl. auch Leo Moses in der gleich zu nennenden Schrift S. 17.

Digitized by Google

II.

Wenn der Soldat filius familias war — ein sehr häufiger Fall — so konnte er über sein peculium castrense testiren, auch schon zu einer Zeit, wo es noch nicht als ein eigenes Vermögen des Hausſohnes galt, d. h. wo er in Bezug darauf noch nicht als paterfamilias behandelt wurde.[2]) Andererseits konnte er auch in späterer Zeit, wo er diese Stellung einnahm und daneben anderes Sondergut (bona adventicia) hatte, nur über das peculium castrense letztwillig verfügen. Wurde er durch den Tod des Vaters sui iuris, so konnte er nun entweder ein neues Testament machen über sein ganzes Vermögen oder ein ergänzendes über die „bona cetera"; er konnte dieses thun, weil dem Soldaten gestattet war, mehrere Testamente zu haben. Aber wenn er jetzt auch nicht mehr testirte, so blieb doch jenes Testament in Kraft[3]) und trat hinsichtlich des anderen Vermögens die Intestat-Erbfolge ein, da der miles pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Es wäre nun allerdings noch eine andere Möglichkeit vorhanden gewesen, nämlich alles dem eingesetzten Erben zuzusprechen, aber die römischen Juristen nahmen eine solche Accrescenz nicht an. Ulpian sagt im 45. Buche ad edictum: Si filius familias ignorans patrem suum decessisse de castrensi peculio in militia testatus sit, non pertinebunt ad heredem eius patris bona, sed sola castrensia. Idem est, etsi de testamento mutando cogitavit, non quia adimere volebat castrensia bona heredi scripto, sed quia de paternis testari volebat et alium heredem scribere. Sed si iam veteranus decessit, universa bona etiam paterna ad heredem pertinere castrensium Marcellus . . . . scribit: neque enim iam potuit de

2) Fitting, Das castrense peculium (1871) §. 14.

3) Denn das peculium castr. wird beim Tode des Vaters nicht etwa Bestandtheil seines Nachlasses, und ist auch nicht den Geschwistern zu conferiren. Fitting S. 185 f. (über das ältere Recht s. S. 122 ff.) — Daß das Testament durch diese Aenderung im Status des Testators nicht hinfällig werde, wäre schon wegen des Gesagten unzweifelhaft, ist aber überdies direct bezeugt; s. Leo Moses: Läßt sich die Regel Nemo pro p. t. p. . . . . auch auf das Testament eines Hausſohnes über sein castrense und quasi castrense peculium anwenden? (Breslau s. a., 1884?) S. 10.

Digitized by Google

parte bonorum testari[4]) (L. 11 §. 2 L. 13 pr. §. 1 D. h. t. 29. 1).

Gerade in dem Falle, wo der Teſtator irrig glaubt, filius familias zu ſein, während er in Wahrheit ſchon pater familias iſt[5]), ließe ſich die Accreſcenz am eheſten vertheidigen. Man könnte ſagen: „Der Teſtator hat den Erben nicht auf die bona castrensia beſchränken wollen, ſondern glaubte, in einem error facti befangen, nur dieſes Vermögen ihm zuwenden zu können; hätte er ſeine volle Teſtirfreiheit gekannt, ſo würde er dem eingeſetzten Erben alles zugewendet haben.“ Dies iſt möglich, aber es iſt nicht gewiß, und darum nahmen die Juriſten keine Anwachſung an. Die Compilatoren haben in die Ulpian-Stelle eine dunkle Aeußerung des Papinian (als L. 12) eingeſchaltet: „milites enim ea dumtaxat quae haberent scriptis relinquunt.“ Soll der Beiſtrich vor scriptis ſtehen? und bedeutet dann „scriptis relinquere“ ſoviel als „teſtamentariſch hinterlaſſen“ (scriptis = testamento), oder bedeutet es „scriptis heredibus relinquere“ den eingeſetzten Erben hinterlaſſen? Und was ſoll das „quae haberent“ heißen? Mommſen emendirt: „quae caverent scriptis“ (cf. L. 123 pr. D. de leg. I., L. 37 §. 6 D. de leg. III.: „testamento facto manu sua ita cavit“). Wie dem immer ſein mag, der Sinn kann nach dem ganzen Zuſammenhang doch nur ſein, daß die teſtamentariſchen Erben des Soldaten nicht mehr bekommen, als was ihnen zugeſchrieben iſt.

Gehen wir nun zu dem Falle über, daß der miles als filius familias teſtirt hat, als pater f. (ohne jedoch dieſe ſeine Eigenſchaft

---

4) Dieſe letzte Wendung iſt nicht glücklich; denn er teſtirt ja nicht jetzt, (als veteranus), ſondern er hat teſtirt (als miles). Es ſollte heißen: neque enim iam potuit pro parte testatus p. p. int. decedere. Weil ein veteranus nicht pro parte teſtiren kann, ſo folgt daraus noch nicht von ſelbſt (ſo unzweifelhaft es poſitiv richtig iſt), daß er auch nicht pro parte beerbt werden könnte ex testamento. Ein Ordensgeiſtlicher kann z. B. nach öſterreichiſchem Rechte nicht teſtiren, wohl aber aus einem (vor Eintritt in den Orden errichteten) Teſtamente beerbt werden. Nach römiſchem Rechte kann nun allerdings nur der miles 1. pro parte teſtiren, 2. pro parte ex testamento beerbt werden; aber der zweite Satz iſt nicht im erſten enthalten.

5) Ulpian drückt dies ungenau ſo aus: Si filius familias ignorans patrem suum decessisse, . . . testatus sit . . .

Digitized by Google

zu kennen) gestorben ist. Die Entscheidung muß offenbar auch hier die gleiche sein. Ebenso aber auch, wenn er den Tod seines Vaters nachträglich erfahren hat und dennoch sein Testament unverändert läßt.[6]) Ja, selbst wenn er ein neues Testament machen wollte, aber dies nicht gethan hat, ändert sich nichts; außer wenn er deutlich genug seinen Willen erklärt hat, daß er „adimere volebat castrensia bona heredi scripto“ (L. 13 cit.), wo dieser nichts bekäme, oder aber, daß er ihm auch die anderen Güter zuwenden wollte, wo der heres scriptus alles bekäme; nam voluntas militis (expeditione occupati) pro iure servatur. L. 1 i. f. Cod. h. t. 6. 21. — Wie endlich, wenn er in jenem Falle „non ignorans“ die gleiche Verfügung getroffen hätte, würde auch dann Ulpian's Entscheidung gelten? Sie würde nicht nur „auch dann“, sondern dann um so viel gewisser gelten, weil hier die Absicht, den Erben auf die bona castr. einzuschränken, unzweifelhaft wäre.

III.

Das Testament des Soldaten ist gegen die querela inofficiosi test. gesichert; doch genügt es für dieses Privilegium nicht, daß der Erblasser als miles testirt habe, er muß auch als miles oder doch vor Ablauf eines Jahres nach seiner Entlassung gestorben sein.[7]) Eine falsche Verallgemeinerung hiervon ist der Satz, daß die Notherben gegenüber dem Soldaten-Testamente überhaupt schutzlos gewesen seien.[8]) So z. B. haben der patronus und der parens manumissor auch gegen ein Militär-Testament die bonorum possessio contra tabulas. Nur hinsichtlich der bona castrensia kann der Emancipirte, bez. Freigelassene, als miles[9]) frei testiren, nicht auch über sein übriges Vermögen. Diese Ausnahme hängt zusammen mit dem Rechte des castrense peculium.[10]) „Der Haus-

6) Vgl. L. Moses S. 15 ff.

7) Fr. Schröder, Notherbenrecht S. 575. — Vgl. oben N. 4.

8) Die Unrichtigkeit dieses Satzes hat Fitting §§. 30—33 nachgewiesen; ihm folgt Schröder §. 70.

9) Ob auch als veteranus, ist bestritten; dafür Fitting S. 214, dagegen Schröder S. 575 ff.

10) Fitting S. 217, 227 ff.

Digitized by Google

sohn hatte bei der letztwilligen Verfügung über sein castr. peculium seinem Vater gegenüber Anfangs eine günstigere Stellung und freiere Hand, als der emancipirte Sohn, welcher, selbst wenn er als Soldat und als solcher sogar bloß über seine bona castrensia testirte, stets auf seinen parens manumissor und die ihm zustehende b. p. contra tab. Rücksicht zu nehmen hatte. Diese Ungleichheit wollte Antoninus Pius nicht länger fortbestehen lassen. Deshalb verordnete er: in Betreff derjenigen Güter, welche bei einem Haussohn castrense peculium geworden sein würden, sollte auch der emancipirte Sohn frei testiren dürfen. . . . . Dieses wurde dann auch . . . . auf Freigelassene aus der Sclaverei ausgedehnt." [11]) Dies bezog sich zur Zeit des Pius bloß auf die in castris acquisita bona, scheint aber im Justinianischen Rechte ebenso erweitert zu sein, wie inzwischen das peculium castr. erweitert worden war.[12]) Was bei einem filius fs. zu dem „peculium castrense" gehören würde, gehört bei einem miles sui iuris zu den „bona castrensia".

Doch ist nicht zu vergessen, daß die „bona castr." nur für Emancipirte und Freigelassene ein juristischer Begriff, für alle Anderen ein bloß factischer Begriff sind. Letzteres auch für den, der ein peculium c. gehabt hatte. Wird er gewaltfrei, „so kann natürlich von dem Begriff und Namen eines castrense peculium für einen genauen Sprachgebrauch fernerhin nicht mehr die Rede sein.[13]) Doch nahm man im Leben keinen Anstoß daran, auch das ehemalige pecul. castr. mit dem gleichen Namen zu bezeichnen.[14])

Alles bisher Erzählte, zusammen mit Erwägungen factischer Natur, macht es leicht begreiflich, daß man sich daran gewöhnte, auch sonst die bona castrensia und die bona paganica zu scheiden. Jedenfalls war es nichts Seltenes, daß der Soldat anderen Personen seine „bona castrensia", anderen seine „bona paganica" zuwendete. Dann trat keine Accrescenz ein, weil ein Zweifel an der Beschränkungs-Absicht nicht möglich ist. War also A auf die bona cast., B auf die bona paganica eingesetzt, und Einer von ihnen

11) Fitting S. 228.
12) Ebenda S. 228, 229.
13) Ebenda S. 184.
14) Ebenda N. 1.

Digitized by Google

erwarb nicht, so fiel das ihm Zugedachte an die Intestaterben des miles testator. Aber auch, wenn über das eine Vermögen gar nicht verfügt war, geschah dasselbe.

L. 17 §. 1 D. h. t. 29. 1 (aus Gaius ad edictum provinciale): Iulianus etiam ait, si quis alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intellegi. . . . . Manche haben dies so verstanden: „weil bona castrensia und b. cetera gleichsam zwei Erbschaften sind, so . . . .“ Sie haben dann daraus abgeleitet, daß Anwachsung nicht möglich sei, weil es sich um zwei Erbschaften handle. In der That könnte manche Aeußerung in den Quellen dahin mißverstanden werden, als ob die Vermögens-Bestandtheile objectiv und durch Rechtssätze geschieden wären, etwa wie die dos von dem übrigen Vermögen des Mannes, bez. Vaters desselben. Wir haben gesehen, daß dieses nur ausnahmsweise zutrifft. Hier (und in der Regel) ist es unrichtig. Es wird dabei übersehen, daß es heißt „si alium . . . .“, und daß selbst in diesem Falle der auf die einen Güter Gesetzte unter Umständen gezwungen wurde, „defendere totam hereditatem“ oder den ganzen Nachlaß den Gläubigern zu überlassen. Die Annahme der „quasi duae hereditates“ steht also nicht über oder neben dem Willen des Erblassers, sondern ist nur eine Formel für die Realisirung seines Willens. Daß hier zunächst kein objectives Moment eingreift, daß die Entscheidung nicht gerade aus der Natur dieser Güter folgt, zeigt am deutlichsten der Umstand, daß, wenn der ehemalige miles als paganus über die bona castrensia testirt, die Einschränkung nicht anerkannt wird: L. 19 §. 2 D. de castr. peculio 49. 17. Nur der miles kann pro castrensibus bonis testatus, pro paternis (oder überhaupt ceteris) intestatus decedere, der paganus kann es nicht. Thut er es doch, so: necessario castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit. Ebenso wie durch das Nichtvergeben eines Vermögens-Bestandtheils, kann der miles auch durch Vergeben verschiedener Bestandtheile an verschiedene Personen gleichsam mehrere Erbschaften machen, der paganus nicht. Jener kann aber nicht nur die bona castrensia und die bona paganica so scheiden, sondern auch bona paterna und das andere Vermögen, res Italicas und res provinciales (L. 17 (16) §. 6 D. ad Sc. Trebell. 36. 1), eine Oekonomie

Digitized by Google

und alles übrige Vermögen (cf. L. 6 D. h. t. 29. 1); denn es ist überhaupt „concessum militibus circa institutionem separare species bonorum". L. 17 (§. 16) §. 6. cit. (Ulpian).[15])

Es ist also unrichtig zu glauben, daß die Accrescenz durch die Scheidung der bona castrensia und pagana ausgeschlossen sei, vielmehr kommt es hier, wie überall, auf die voluntas testatoris an. Die Berufung auf bestimmte Vermögens-Bestandtheile ist aber ohne Zweifel in der Regel absolut gemeint, während dies bei ideellen partes recht zweifelhaft ist. Darum gilt, si miles unum ex fundo heredem scripserit, dasselbe, wie oben: d. h. es tritt nicht Anwachsung, sondern Intestat-Erbfolge hinsichtlich des „residuum patrimonium" ein. Bei Einsetzungen auf partes quotae dagegen hätte, so lange noch die nationalen römischen Anschauungen über die einheitliche Berufung zur Repräsentation des Verstorbenen lebendig waren, stets die Anwachsung den Vorzug gehabt. Aber zur Zeit der Severe war jenes und darum auch dieses nicht mehr der Fall; die persönliche Seite der Beerbung war in den Hintergrund gekehrt, die Frage nach der Vertheilung des Vermögens die Hauptsache. Damit war die Möglichkeit gegeben, die Theilbemessung als eine absolute zu verstehen und die in Militär-Testamenten häufige Separation der „species bonorum" mußte diese Auffassung begünstigen. Kein Wunder daher, daß sich der Grundsatz feststellte: Die unvergebenen oder erledigten Theile fallen an die gesetzlichen Erben, wenn nicht der Testator die Anwachsung erweislich vorgezogen hat. Dies bestätigt Paulus in L. 37 D. h. t. 29. 1:

Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest; et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem.

Unter der Voraussetzung dieses Beweises darf und muß u. E. auch ein österreichischer Richter, trotz §. 562 („in keinem Falle"), auf Accrescenz erkennen, so daß auch hier im österreichischen Recht

15) Vgl. Neuner, Her. inst. ex re certa S. 495 ff., mit dessen Ausführungen ich großentheils, aber nicht durchweg, übereinstimme. Noch mehr ins Detail einzugehen, ist hier unnöthig.

Digitized by Google

allgemein gilt, was im römischen Recht für Militär-Testamente gesagt ist (vgl. oben S. 179).

Wie aber, „si haec voluntas probata fuerit defuncti . . .“? Dann wird eben „tota hereditas ad alterum redire“. Dagegen erhebt sich aber das Bedenken, daß ja dann der Patron in seinem Pflichttheilsrechte verletzt ist, also die bon. poss. contra tabulas erlangen kann. Zwar wäre auch dies eine Ausnahme von dem Satze „competit patrono ab intestato bon. poss.“, also mit dem Wortlaute der L. 37 allenfalls vereinbar. Aber Paulus hatte doch wohl nicht diese, sondern die obige Entscheidung im Sinne, wenn nicht etwa die Stelle verstümmelt ist (s. unten). Diese Schwierigkeit wird behoben durch die Annahme, daß in dem Paulus vorliegenden Falle der miles libertus außer seinen bona castrensia kein nennenswerthes Vermögen hatte; hinsichtlich der b. castr. stand dem Patron (wie schon gesagt) die b. p. contra tab. nicht zu. Baumeister nimmt an (S. 157), der Testator habe seinen Nachlaß in b. castr. und b. paganica getheilt, und der erste (der antretende) Erbe sei auf die b. castr. eingesetzt gewesen, wofür er L. 42 §. 1 D. de bonis libert. 38. 2 anführt. Ich sehe aber nicht ein, wie damit die Schwierigkeit behoben sein soll. Papinian versagt in L. 42 die b. p. contra tabulas nur unter der doppelten Voraussetzung, daß weder Derjenige, der auf die bona cetera eingesetzt ist, antritt, noch der auf die b. castrensia Gesetzte sie durch Anwachsung bekommt. Wenn man Baumeister's Hypothese annimmt, so muß man dann auch annehmen, daß die Stelle unvollständig wiedergegeben sei; daß Paulus fortgefahren habe: in dem letzterem Falle habe der Patron die b. p. contra tab. Man könnte etwa auch sagen: Papinian behandle ex professo die Frage des Notherbrechtes, und nur per incidens diejenige Frage, welche Paulus ex professo beantworte: ob die Accrescenz oder die Intestat-Erbfolge im Zweifel einzutreten habe. Jene Stelle lautet:

Castrensium bonorum Titium libertus fecit heredem, ceterorum alium. Adita est a Titio hereditas. Magis nobis placet, nondum patronum possessionem contra tabulas petere posse. „Nondum“, denn es ist noch nicht entschieden, ob der „alius“ antreten werde, oder nicht. Hierauf scheint dem großen Juristen Jemand (vielleicht einer seiner Assessoren, etwa Paulus selbst) ein-

Digitized by Google

geworfen zu haben: „Auch wenn der alius nicht antritt, ist des Patrons Intestat-Erbfolge noch nicht entschieden; denn es könnte ja auch Accrescenz eintreten, und damit eine Verletzung des patronatischen Notherbrechtes. Jedenfalls lasse sich über die Frage nach der b. p. contra tabulas nichts Sicheres sagen, so lange diese Vorfrage nicht entschieden sei." Darum fährt Papinian so fort: Verum illa quaestio intervenit, an omittente eo, qui reliqua bona accepit, perinde accrescant, ac si partes eiusdem hereditatis accepissent. Verius mihi videtur, intestati iure deferri bona cetera.[16]) Diese Aeußerung zeigt: 1. daß die Frage damals noch nicht endgültig beantwortet war, sonst würde ein Mann von solcher Autorität nicht so zurückhaltend sprechen; 2. daß an irgend welche objective Unmöglichkeit der Accrescenz bei der Trennung der b. castr. und b. cetera nicht gedacht wurde (vgl. oben S. 185).

Selbst wenn Paulus durch diesen Fall, vielleicht diese Stelle, zu seinem in L. 37 cit. mitgetheilten Ausspruch veranlaßt worden wäre, so wollte er ihn doch gewiß nicht auf diesen Thatbestand beschränken, sondern auch auf institutiones ex certis partibus anwenden. Dagegen widerspricht die Behauptung Neuner's (S. 511 N. 46), die Erben seien als sine partibus instituirt zu denken, dem Wortlaute der L. 37; denn dann würde Paulus von Hälften sprechen, und nicht mit absichtlicher Unbestimmtheit sagen „pro ea parte".[17])

Es hat also nach allen bisherigen Stellen, mag es sich um res certae, oder um species bonorum, oder um ideelle certae partes handeln, im Zweifel nicht Accrescenz, sondern Intestat-Erbfolge einzutreten; unzweifelhaft namentlich dann, wenn über bona castrensia und b. paganica verschieden verfügt ist.

Nun findet sich ein Rescript aus derselben Zeit[18]), der die Quästionen des Paulus angehören, denen L. 37 entnommen ist.

---

16) Vgl. über L. 42 §. 1 cit. Schmidt, Das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor (1868) S. 62 N. 83 (vgl. auch S. 146 fg.), Fitting S. 215 fg., Schröder S. 576 fg.

17) Unrichtig ist die Behauptung von Mühlenbruch (42. Bd. S. 88 N. 26) betreffend das patronatische Erbrecht. S. dagegen auch Fitting S. 216.

18) Vgl. Fitting, Ueber das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander (1860) S. 47, 48 und dann S. 25 (Text und Note).

Digitized by Google

Es behandelt ebenfalls die Frage, ob Accreſcenz oder Inteſtat-Erbfolge eher anzunehmen ſeien. Die Leſung iſt zweifelhaft: nach der einen ſtimmt das Reſcript, die L. 1 Cod. h. t. 6. 21 (v. J. 212), mit L. 37 cit. überein, nach der andern klingt es wie eine abſichtliche Parodie darauf. Man ſollte meinen, daß die Wahl da nicht ſchwer ſein könnte!

Dieſelbe Entſcheidung, wie L. 37, gibt das Reſcript, wenn man nicht mit der herrſchenden Lehre „noluisse", ſondern, wie es ohne Zweifel in dem Reſcripte hieß, „voluisse" lieſt. Hiefür ſprechen ſo ſtarke ſachliche Gründe, daß die gewöhnliche Lesart unbegreiflich wäre, wenn in ihr nicht ein vorgefaßter dogmatiſcher Gedanke eine Stütze ſuchen würde. Die unbefangene Betrachtung des Zuſammenhanges der Sätze zeigt, daß zuerſt die Regel ausgeſprochen, dann verſtärkt, zuletzt aber doch eingeſchränkt wird. Zuerſt wird einfach geſagt: Frater tuus miles si te specialiter bonis quae in paganico habebat heredem fecit, bona quae in castris reliquit petere non potes. Dabei iſt es gleichgültig, ob über dieſe Güter anderweitig oder auch gar nicht verfügt iſt. Ein anderes nahezu gleichzeitiges Reſcript (v. J. 213), die L. 2 eod., ſagt: Miles si castrensium tantummodo bonorum commilitonem instituit heredem, cetera bona eius, ut intestati defuncti, mater eius iure possedit. Um ſo weniger natürlich kann von einer Accreſcenz die Rede ſein, wenn die fraglichen Güter letztwillig jemandem Anderen zugewendet ſind, da es hier ja zunächſt ganz außer Frage ſteht, daß der miles ſie dem, der die Accreſcenz beanſprucht, nicht zugedacht hat. Und ſo fährt denn die L. 1 ſo fort „petere non potes, etiamsi is, qui eorum heres institutus est, adire ea noluerit; sed ab intestato succedentes veniunt. Man ſollte meinen, daß dieſes an Deutlichkeit nichts zu wünſchen übrig läßt. Damit aber die ſo entſchieden ausgeſprochene Entſcheidung nicht mißverſtanden, nicht gar zu abſolut genommen werde, folgen zwei Einſchränkungen: 1. wenn der Petent dem recuſirenden Miterben ſubſtituirt iſt, 2. wenn (dieſes zwar nicht der Fall, aber doch) klar bewieſen wird (im früheren Falle bedarf es keines Beweiſes), daß der Bruder ihm eventuell auch das übrige Vermögen zuwenden wollte. Dies iſt ſo ausgedrückt: modo si in eius loco substitutus non es (ſo, und nicht „est" muß geleſen werden) et liquido probatur, fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere

Digitized by Google

voluisse. Bei dieſer Lesart iſt die ſyntaktiſche Gliederuug durchſichtig und natürlich, und ſteht unſere L. 1 ſowohl mit L. 2 cit., als mit l. 37 cit. in beſtem Einklang, wobei zu betonen iſt, daß alle drei Stellen derſelben Zeit angehören, ja vielleicht alle drei von Paulus herrühren (vgl. oben S. 21 vor N. 51). Dann aber bedenke man die Abgeſchmacktheit, welche die herrſchende Lehre dem Reſcribenten zumuthet: erſt ſagt er ſo entſchieden „petere non potes“ und dann käme die Bedingung „si liquido probatur, fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere noluisse“. Dieſer Beweis iſt oft ſo ſchwer, daß damit die Hauptentſcheidung halb und halb widerrufen wäre! — Die richtige Lesart hat ſchon A. Faber vertheidigt, gegen welchen Mühlenbruch (42. Bd. S. 90) einwendet: Es fehle dafür alle handſchriftliche Autorität, und man müßte dann auch das „et“ in „aut“ emendiren. Beides iſt falſch. Das „voluisse“ haben zwei Handſchriften; das „et“ als Bindewort zwiſchen den zwei coordinirten Ausnahmsfällen wäre grammatiſch unbedenklich, wenn das „non“ anders geſtellt wäre; wie es jetzt ſteht, iſt allerdings die Fortleitung der Negation durch das „et“ ſchwierig; durch das „aut“ würde aber dieſe Schwierigkeit auch nicht beſeitigt, ſondern man müßte „nec“ leſen, was allerdings keine leichte Verwechslung iſt. Es wäre aber auch möglich, daß es urſprünglich geheißen hat: „nisi[19]) . . . substitutus es et liquido probatur . . . . voluisse“, daß der Abſchreiber „si“ ſchrieb und dieſen Fehler durch die Negation beim Zeitwort ausgleichen wollte, und dabei die zweite Negation an unrechter Stelle (ſtatt bei „probatur“ bei „voluisse“) angebracht hat. Dann wäre „et“ unbedenklich, obgleich „aut“ regelmäßiger.

Allerdings hatten die Redactoren der Baſiliken (XXXV. 21 §. 41) in dem ihnen vorliegenden Texte „noluisse“; aber dies beweiſt nichts für den Juſtinianiſchen, geſchweige denn für den Original-Text des Reſcriptes v. J. 212. Um die Schwierigkeiten des „si liquido probatur“ kommen die Baſiliken mit einem plumpen Beiſpiel herum, bei welchem man kaum noch von „probare“ reden könnte. Der ſo entſtellte Paſſus widerſpricht auch dem unmittelbar vorhergehenden §. 40, wo die richtige Anſicht einfach und allgemein ausgeſprochen iſt. §. 40 lautet in der Heimbach'ſchen Ueberſetzung

19) Oder vielleicht, wie in L. 37 D. 29. 1, nisi si.

Digitized by Google

(Tom. III p. 640): In testamento paganico quilibet, qui partem testamenti admisit, si coheres eius repudiaverit hereditatem, illius quoque partem agnoscere necesse habet. Si vero testator miles sit, partem eius, qui repudiavit, successores ab intestato capiunt.

Die herrschende Lesart hat die stärksten sachlichen Gründe gegen sich; denn der Schluß der L. 1 widerspräche dann der Erwartung, die der Anfang erweckt; die L. 1 widerspräche diametral der L. 37 D. 29. 1 und auch der L. 2 C. eod., während doch die Entscheidung der L. 37 gerade im Falle der L. 1 mehr Gründe als sonst für sich hat. „Aber", antwortet man, „die andere Lesart bereitet syntaktische Schwierigkeiten". Es läßt sich jedoch zeigen, daß diese bei der herrschenden Lesart auch vorhanden sind:

Dem auf bona paganica Eingesetzten wird rescribirt: „bona quae in castris reliquit petere non potes . . . .; sed ab intestato succedentes veniunt." Diesem Satze werden dann Einschränkungen hinzugefügt. Da nun ein Rescript nicht zum Zwecke theoretischer Belehrung, sondern mit Rücksicht auf die Anfrage abgefaßt war, so müssen wir annehmen, daß in den als Ausnahmen vorausgesetzten Fällen nicht die Intestaterben die b. castr. bekämen, sondern der anfragende miles Florus. Wenn es auch sprachlich allerdings angeht, mit dem „sed" einen ganz neuen Satz beginnen zu lassen, so müssen wir doch aus jenem Grunde erwarten, daß die Ausnahmen ebenso gut Einschränkungen der Entscheidung „petere non potes", als des Satzes „ab intestato succedentes veniunt" sein werden. Nach der gewöhnlichen Lesung aber heißt es: „Die Intestaterben kommen daran, wenn nicht ein Dritter substituirt ist, und wenn klar bewiesen wird, daß nach des Bruders Willen die b. castr. dir nicht zukommen sollen." Dieses „si . . . substitutus non est" ist syntaktisch ganz unglaublich, weil es den Zusammenhang der das Verhältniß zwischen Florus und den Intestaterben behandelnden Stelle zerreißt; es wäre aber auch sachlich eine Abgeschmacktheit, weil dem Florus etwas mitgetheilt würde, was ihn nicht angeht. Diesen Widersprüchen entgeht man nur, wenn man nicht „est" sondern „es" liest. Aber gerade die beiden Handschriften, welche „es" haben, haben auch „voluisse", das man dann konsequent auch annehmen muß. Doch scheint mir auch ohne dieses, schon durch die sach-

Digitized by Google

lichen Gründe, die herrschende Lesung als eine unmögliche erwiesen zu sein.

Die L. 37 D. 29. 1 steht ihrem Texte nach fest, macht keine sprachlichen Schwierigkeiten und harmonirt mit allem, was wir sonst über die Militär-Testamente wissen; von L. 1 Cod. 6. 21 gilt in jeder dieser Beziehungen das Gegentheil — und dennoch hält man die schlechte Lesart derselben fest, und bemüht sich die anderen Stellen durch willkürliche Auslegungen der L. 1, statt diese ihnen, zu accomodiren! Zu welchen gewaltsamen Deutungen man damit kommt, sieht man z. B. an Mühlenbruch.[20]) Zwar vertritt er die richtige Ansicht, daß in der Regel das ius accrescendi durch die Intestat-Erbfolge ausgeschlossen wird (S. 91)[21]); da er aber von einer Emendation der L. 1 nichts wissen will, so kommt er damit in unnöthige Schwierigkeiten. Baumeister dagegen gründet (S. 155 ff.) geradezu auf L. 1 die Behauptung: „Auch beim miles tritt im Zweifel das ius accrescendi ein, nur kann diese gesetzliche Präsumtion in jedem einzelnen Falle durch den von den Intestaterben zu führenden Beweis entkräftet werden, daß nach dem Willen des Erblassers jede vacant werdende Portion an sie gelangen solle."

In dem Resultat stimmen wir mit Mühlenbruch überein: Vorzug der Intestat-Erbfolge vor dem Accrescenzrecht, außer bei einer Erbeinsetzung sine partibus, wo ja selbst den Worten nach Niemand auf irgend einen Theil beschränkt ist, also die Accrescenz sich nicht nur aus den bekannten juristischen Gründen, sondern einfach schon aus der Befolgung des Wortlautes ergiebt. Neuner (S. 511 fg. Note 46) will selbst hier die Accrescenz ausschließen; dies „erweist sich (meint er) aus den ganz allgemein gehaltenen Worten des fr. 37 D. de test. mil.; es liegt kein Grund vor, mit Mühlenbruch zu subintelligiren, in dem Falle dieser Stelle seien die Erben ex certis partibus instituirt gewesen". Wir haben oben gesehen, daß der Wortlaut der L. 37 allerdings diese letztere Annahme sehr

20) 42. Bd. S. 88—91. Es ist unnöthig, seine Suppositionen hier mitzutheilen und zu widerlegen; jeder Leser wird sich selbst sagen, daß sie willkürlich und unglaubwürdig sind.

21) Wie verträgt sich aber damit die Behauptung auf S. 92 (s. hier S. 180 N. 1) und auf S. 93 in N. 25: „daß man im Zweifel das Testament eines Soldaten den gemeinrechtlichen Grundsätzen gemäß auslegte" —?

Digitized by Google

wahrscheinlich macht. Nur dort, wo der Soldat „Mehrere auf ein und dieselbe res oder pars instituirt hat", nimmt auch Neuner Accrescenz an. Die auf dieselbe hereditas ohne Theilangabe Mitberufenen sind aber in derselben Lage (s. S. 74 ff.), so daß es nur consequent ist, auch hier Anwachsung anzunehmen. Dafür spricht die Natur der Sache, dagegen nicht eine einzige Stelle. Ist unsere Ansicht richtig, so ist der Parallelismus mit dem österr. Rechte ein vollständiger; vgl. a. b. G. B. §. 560.

Neuerdings (1874) hat Fitting die Behauptung aufgestellt[22]): daß im Zweifel als der Wille des miles testator „angesehen wurde, seinen Nachlaß nach Maßgabe der gewöhnlichen Regeln behandeln und folglich auch die denselben entsprechende Anwachsung eintreten zu lassen". Er beruft sich hiefür auf Mühlenbruch, dessen Aeußerungen aber unter sich selbst im Widerspruch stehen (s. hier S. 192 N. 21), auf die nicht richtig gelesene L. 1 Cod. h. t. 6. 21, auf die nicht richtig erklärte L. 3 eod., und auf die Worte Papinian's in L. 42 §. 1 D. de bonis libert. 38. 2: „ac si partes eiusdem hereditatis accepissent", welche Worte aber eine Umschreibung des ius commune der Accrescenz sein können, und höchstens für die auf die bona castrensia (bez. paganica) zusammen Berufenen beweisen könnten. Dem gegenüber steht die übersehene L. 12 D. h. t. 29. 1, ebenfalls von Papinian, und die L. 37 eod., die zwar angeführt, aber deren Widerspruch nicht beseitigt ist.

22) Im Archiv f. civil. Praxis, 57. Bd. S. 158 fg.

Digitized by Google

Digitized by Google

VI.

Ueber das sog. formelle Notherbenrecht.

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Das Notherbenrecht ist entweder ein formelles oder ein materielles. Das materielle ist durch Justinian nicht nur reformirt, sondern seinem Wesen nach geändert worden. Man spricht von Erbrecht im objectiven und von Erbrecht im subjectiven Sinne, wie man von einem Pfandrecht in diesem doppelten Sinne spricht. Was ist ein Recht im subjectiven Sinne? Darauf gibt es keine allgemein überzeugende Antwort; es gibt eben der Antworten zu viele und zu verschiedene. Aber selbst der Laie hat eine Vorstellung, wenn man ihm die Worterklärung gibt: Recht im subjectiven Sinne ist soviel als Berechtigung oder Befugniß.

Doch wozu diese Trivialitäten? — Um an sie die Frage anzuschließen, was man sich denn bei dem „Notherbenrecht im subjectiven Sinne" denken solle. Das materielle ist das Recht auf den Pflichttheil, das formelle Recht der Novelle 115 ist das Recht auf Erbeinsetzung, auf den honor institutionis. Was aber ist das formelle Notherbenrecht im subjectiven Sinne im römischen Rechte, d. h. während der vielen Jahrhunderte seit dem Aufkommen eines Notherbenrechtes überhaupt bis zum Jahre 542 n. Chr.? Darauf läßt sich nicht mehr eine einfache und befriedigende Antwort geben.

Am richtigsten verfahren Diejenigen[1]), welche die Erwähnung eines solchen Rechtes ganz vermeiden, und mit der objectiven Thatsache beginnen, daß der Erblasser, wenn sein Testament gültig sein

1) Z. B. Rivier, Traité élémentaire des successions (Brüssel 1878) S. 189.

Digitized by Google

sollte, gewisse Personen entweder rite einsetzen oder enterben mußte. Bedenklicher schon ist es, die Notherben in den Vordergrund zu stellen, weil damit von den „Berechtigten" ausgegangen wird. Etwa so: „Unter Notherben versteht man überhaupt alle diejenigen Personen, welche ein Testator nothwendig berücksichtigen muß . . ."[2]) Noch verfänglicher ist es, von einer Pflicht des Erblassers zu sprechen. „Die älteste Beschränkung des Testirers bestand in der . . . Verpflichtung, rite zu testiren, d. h. wenn er sui hatte, dieser jedenfalls im Testamente so zu gedenken, daß er sie entweder förmlich . . . instituirte oder förmlich . . . exheredirte."[3]) Gibt es eine „Pflicht", vor 7 (und nicht vor 6) Zeugen zu testiren? — Am anfechtbarsten sind aber die Darstellungen, welche ausdrücklich von dem angeblichen subjectiven Notherbrecht den Ausgangspunkt nehmen. Z. B.: „Nach dem civilen Rechte haben . . . (gewisse) Personen . . . ein Recht darauf, von diesem durchaus in seinem Testamente als Erben anerkannt werden zu müssen, entweder positiv durch Institution oder negativ durch Exheredation."[4]) Durch die willkürliche Exheredation „als Erbe anerkannt"! — Eine aus den neuesten Darstellungen[5]) lautet: „Nach altem Civilrecht haben nur die sui heredes ein Notherbrecht, und zwar ein lediglich formelles Notherbrecht: zur formalen Gültigkeit des Testamentes gehört es, daß sie entweder eingesetzt oder enterbt seien . . . Die Nothwendigkeit der exheredatio ist die formelle Anerkennung des Eigenthums der familia (der Descendenten-Familie) an dem Vermögen." Abermals muß man fragen: Ist eine Verletzung eine Anerkennung? „Was aber" (wird man antworten) „erst weggenommen (zerstört) werden muß, das war doch vorhanden." Darauf ist zu erwidern: Wenn A dem B ein Recht beliebig wegnehmen kann, so hat B dies Recht jedenfalls nicht gegen den A.

Eine Monographie auf diesem Gebiete[6]) sagt hierüber: „Das Notherbenrecht zwingt den Testirer zur Beobachtung bestimmter Formen, indem er den Berechtigten auf eine gesetzlich vorge-

2) Z. B. Mackeldey §. 658.
3) Marezoll §. 208.
4) Joh. Fdch. Hunger, Das römische Erbrecht (1834) §. 48 S. 147.
5) Sohm, Institutionen §. 100.
6) Francke, Das Recht der Notherben (1831) S. 3.

Digitized by Google

schriebene Art im Testamente berücksichtigen muß." Eine andere Autorität[7]) sagt: „Die Notherben des bisherigen Rechts haben lediglich einen alternativen Anspruch auf Einsetzung oder Enterbung." Im Justinianischen Recht dagegen handelt es sich um einen „Anspruch auf den in der heredis institutio gelegenen honor".

Am entschiedensten stellt sich auf den unseres Erachtens falschen Standpunkt das neueste Lehrbuch[8]), wo die Lehre von der Notherbfolge mit diesen Sätzen eröffnet wird: „Notherbrecht ist der Anspruch gewisser nahverwandter Personen eines Testators auf Berücksichtigung im Testament. Das Notherbrecht ist ein Vorrecht der nächsten Inteſtaterben . . . ."

In der That, ein wunderliches Recht, das weder auf einen Vermögenstheil, noch auf den honor institutionis geht, sondern alternativ: auf Einsetzung oder Enterbung! — „Recht auf Enterbung"! — Ueberdies bedurfte die exheredatio nicht nur keiner erwiesenen gerechten Gründe, sondern auch keiner Motivirung; selbst der Nachweis oder das Zugeständniß des Wohlverhaltens vermochte nichts zu ändern. Wahrlich, es ist nicht viel besser, als wenn man Jemandem ein Recht, geschlagen zu werden, zusprechen wollte!

Wäre nicht das Justinianische Recht, das allerdings ein formales Notherbrecht im subjectiven Sinne kennt, Niemand wäre darauf verfallen, diesen Begriff in das alte Recht hineinzutragen.

Jeder, der es versucht, das angebliche subjective Recht der fälschlich sog. Notherben zu definiren, muß die Leerheit und Künstlichkeit der Definition empfinden. Will man dem anstößigen „Recht auf Enterbung" ausweichen, so sagt man: „er muß ihn berücksichtigen", und sagt damit etwas Falsches. Denn wenn dem Notherben Vermächtnisse hinterlassen sind, so ist er berücksichtigt, und doch ist dem formalen Notherbrecht (im objectiven Sinne) nicht Genüge geschehen; wenn er ihn aber enterbt, ihm gar nichts hinterlassend, so ist alles in Ordnung, trotz dieser sonderbaren „Berücksichtigung". Deshalb ziehen Andere den Ausdruck vor: „der Testator muß des Notherben gedenken" oder: „er darf ihn nicht unerwähnt lassen".

---

7) Ad. Schmidt, Das formelle Recht der Notherben (1862) S. 158.
8) Baron, Institutionen und Civilproceß (1884) §. 158.

Digitized by Google

Auch dies ist unrichtig, weil die Bedenkung mit Legaten nicht genügt. Also ist eine Correctur nothwendig. „Gewisse Personen darf der Erblasser bei der Erbeseinsetzung nicht übergehen, sondern er muß ihrer gedenken.“[9]) Auch das ist unrichtig; denn wenn der Testator den filius suus unter einer casuellen Bedingung zum Erben eingesetzt hat, so ist das Notherbrecht verletzt, wenn er eine Tochter oder einen Enkel mit Stillschweigen übergeht, aber die Formel gebraucht „ceteri omnes exheredes sunto“, so ist dem Notherbrecht genügt. . . . . Bei allen Definitionen des fraglichen Rechtes kann sich der Lernende nichts oder nur Falsches denken. Richtig, aber nichtssagend ist die Erklärung: „der Notherbe muß rite eingesetzt oder enterbt sein“; denn jetzt fragt der zu Belehrende, was denn „rite“ sei, und hierauf erzählt man ihm eine Reihe von Formvorschriften. Ergeben aber diese ein subjectives Recht?

Wenn Jemand einen Wechsel zurückweist, weil er nicht mit allen Erfordernissen des Art. 4 der W. O. ausgestattet ist, so beruft er sich auf das Wechselrecht im objectiven Sinne; ein Wechselrecht im subjectiven Sinne macht er nicht geltend. Wenn gegen Jemanden, sei er testamentarischer oder Intestaterbe, eine Testaments-Urkunde producirt wird, gegen die er einwendet, daß sie nicht die erforderliche Zeugenzahl aufweist, so beruft er sich auf das Testamentsrecht im objectiven Sinne, macht aber damit kein eigenthümliches Recht geltend; sondern er vertheidigt sein anderweitig fundirtes Recht gegen einen grundlosen Angriff. Aus der Mangelhaftigkeit des producirten Testamentes leitet er kein Recht ab; er hat eines, ganz unabhängig davon; sein Recht ist älter, als das verfehlte Testament. Genau ebenso verhält es sich mit den fälschlich sog. Notherben.

„Fälschlich sog. Notherben“; auf die Pflichttheilsberechtigten paßt das Wort nicht, weil ihrem Anspruche auch ohne Erbeinsetzung genügt werden kann, durch Vermächtnisse[10]); auf die mit dem angeblichen formalen Notherbrecht Ausgestatteten vollends nicht, weil sie über-

9) Windscheid §. 575 (S. 137).

10) Francke hat deshalb seine Monographie betitelt: „Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten.“

Digitized by Google

haupt nichts aus der Erbschaft zu erhalten brauchen; es ist gar nicht nöthig, daß sie erben; der Testator ist nicht genöthigt, sie zu Erben einzusetzen. An das aber, daß sie ipso iure erben, d. h. wenn sie überhaupt Erben werden, es auch gegen ihren Willen werden, daß also sie genöthigt sind, daran denkt man bei dem Worte „Notherbe" nicht; vielmehr deutet dieses Wort auf ihre angebliche Berechtigung hin. So ist dieses Wort durchaus unwahr; es ist der Ausdruck einer falschen Theorie und enthält eine petitio principii. Die Probe hiefür gibt die Thatsache, daß es in der Sprache der römischen Juristen kein entsprechendes Wort gibt; denn der Ausdruck heres necessarius geht auf den ipso-iure-Erwerb.

Ein richtiges Verständniß des römischen Notherbrechtes ist nur dann möglich, wenn man es vom Standpunkt des objectiven Rechtes aus betrachtet. Denn was sich allmälig in der subjectiven Richtung entwickelt hat, ist durchaus secundär und nicht ursprünglich. Wenn man sagt: der Notherbe muß rite eingesetzt oder enterbt werden; es kommt aber bei der Einsetzung nichts darauf an, ob sie auf viel oder wenig geht, bei der Enterbung nichts darauf, ob sie gerecht oder ungerecht ist — so muß man einsehen, daß es nur im objectiven Sinne ein Notherbrecht gibt, und daß dieses nur der Inbegriff gewisser Formvorschriften ist. Auch hier ist das Wort „Notherbrecht" oder „Notherbenrecht" nicht passend; aber es ist so eingelebt, daß es in seiner Geltung anerkannt werden muß; und auch das Wort „Notherben" muß aus gleichem Grunde hingenommen werden und hat allerdings den Vortheil einer kurzen und bequemen Bezeichnung eines gewissen Personenkreises.

Daß es sich um Formvorschriften handelt, wurde schon oft ausgesprochen; so von Francke (S. 4): „Schon das ältere Civilrecht verlangte, daß der Vater seine sui heredes im Testamente einsetze zu Erben oder auf eine förmliche Weise ausschließe. Dieses gehörte zur Form der Testamente und wurde von den alten Juristen, wie Alles, was auf die Form der Testamente Bezug hatte, ... nach starren, unbeugsamen Grundsätzen behandelt. . ." Hunger hat in der Ueberschrift (S. 142) neben „Inhalt des Testamentes" auch „Innere Testaments-Solennitäten". Man hat in älterer Zeit „innere und äußere Form" unterschieden, mit jenem Worte aber oft unklare Vorstellungen verbunden, so daß dieser Begriff mit dem

Digitized by Google

des Inhaltes zusammenfloß, so namentlich im österreich. bgl. G. B.; damit hängt auch die obige Doppelüberschrift zusammen. Indessen hat dieser, heute fast ganz außer Uebung gekommene Ausdruck, wenn in den richtigen Grenzen angewendet, seine Berechtigung[11]), und betreffen die Vorschriften über die Exheredation der sui u. s. w. allerdings die innere Form der Testamente. — Richtig sagt auch Müller[12]): Das alte Civilrecht „beschränkte sich darauf, die willkürliche Verfügungsgewalt auf den Todesfall aus Rücksicht auf die nächsten gesetzlichen Erben an gewisse Formen zu binden, während es ihren Inhalt unbeschränkt ließ. Die bloße Einhaltung der Formen sicherte den Rechtsbestand des Testaments, wenn auch der natürliche Anspruch der nächsten Angehörigen auf materielle Zuwendung des Nachlasses verletzt war. Umgekehrt konnte aber bei mangelnder Form eine (noch so große) materielle Zuwendung, z. B. durch Legat, das Testament nicht vor der Nichtigkeit retten." Ebenso Charles Brocher[13]) (p. 67 sv.): ... tout héritier sien devait être institué ou exclu en termes exprès. Ce n'était là qu'une exigence de forme... Arndts Pand. §. 598 (11. Aufl. S. 1036): „Diese Beschränkungen des Erblassers waren rein formell; durch Exheredatio in gehöriger Form, auch ohne Angabe eines Grundes, wurde das Testament gegen Anfechtung gesichert."

Trotz dieser richtigen Erkenntniß vermögen sich aber die Meisten der Vorstellung von einem subjectiven Notherbrecht nicht zu entschlagen. So sagt z. B. Sohm (§. 100): „... es gehört zur Form des Testamentes, daß der Testator den Notherben entweder einsetze oder enterbe", spricht aber gleich darauf von dem (subjectiven) Notherbrecht der sui heredes. Müller läßt auf die obige Bemerkung diese folgen: „Der Testator sollte durch eine förmliche Erklärung bei der Erbeinsetzung zu erkennen geben, daß er seiner, dem Rechte jener Personen entsprechenden Verbindlichkeit im Augenblicke der Testamentserrichtung gedacht habe (sog. formelles Notherbenrecht)" (S. 807). Windscheid (§. 575, S. 137) ver-

11) S. unseren Commentar II. S. 58.

12) Lehrbuch der Institutionen S. 806.

13) In seinem gediegenen und schön geschriebenen Werke: Étude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire. Paris et Genève 1868.

Digitized by Google

quickt beide Gedanken so: „Das ältere römische Recht kennt keine gesetzlichen Erbansprüche, welche der Erblasser durch den Inhalt seiner Verfügung nicht beseitigen könnte, nur solche, welchen er durch die Form seiner Verfügung gerecht werden muß (sog. formelles Notherbenrecht)."

Es würde die Klarheit des Lehrvortrages fördern, wenn man von vornherein betonen würde, daß es sich um Formvorschriften handelt, und die Vorstellung von einem subjectiven Rechte gar nicht einmengen würde. Soweit ihr einige Berechtigung zukommt, ist ihr schon damit Rechnung getragen, daß man sich den kurzen, obgleich nicht richtigen Ausdruck „Notherben" gefallen läßt. Gäbe es einen guten Ersatz, wäre auch er besser zu vermeiden. Ein formales Notherbenrecht im subjectiven Sinne gibt es (vor der Nov. 115) nicht, und der Anspruch auf den Pflichttheil verdient nicht diesen Namen.

II.

Bei der Frage nach dem Ursprung des sog. Notherbenrechtes gehen die Meisten, und mit Recht, von den „domestici heredes" aus, ziehen aber daraus unrichtige Schlüsse. Freilich ist es kein Zufall, daß dieselben Menschen, welche als „Notherben" bezeichnet werden, ipso iure die Erbschaft erwerben, wenn sie von ihr nicht ausgeschlossen sind. Dies beweist aber nur, daß sie als die nächsten Erben galten, daß ihre Erbfolge als die natürlichste betrachtet wurde. Ihr Erbrecht ist in gewissem Sinne ausgezeichnet, zu ihrem Vortheil, wie zu ihrem Nachtheil (wovon später), aber es unterscheidet sich seinem Wesen nach nicht von dem der anderen heredes legitimi. Der Begriff des Rechtes kann ja enger oder weiter abgegrenzt werden; man kann dem ius quaesitum die Anwartschaft entgegensetzen, während Manche von „Hoffnungsrecht" sprechen; man kann potentielles und virtuelles Recht unterscheiden, von dem Keime eines Rechtes, von werdendem und fertigem Rechte sprechen u. dgl. Darauf kann hier nicht eingegangen werden, da dies ja einer rechtsphilosophischen Erörterung bedürfte. Es ist nun für unseren Zweck gleichgültig, wie Jemand die Erbanwartschaft des gesetzlichen Erben nennen will; „etwas Recht" hat auch schon der Anwärter, denn „aus nichts wird nichts"; während der Anwärter ganz von selbst

Digitized by Google

durch den Tod des Erblassers Delat und dann durch eine einseitige, nur von seinem Belieben abhängige Willenserklärung Erbe und damit dominus hereditatis wird. Aber ein vollkommenes Recht ist es nicht, da es der Willkür des Erblassers weichen muß, doch freilich nur dem formgerecht erklärten Willen des testirfähigen Erblassers. Ein anderes Recht hat aber auch der sog. Notherbe nicht. Der formgerechte Wille des Erblassers kann ihn ausschließen, ohne irgend welcher Motivirung zu bedürfen. Man betont immer, daß durch die Formel „exheres esto" ihm erst ein Recht genommen werden muß; aber was man mir beliebig nehmen kann, ist eben kein wahres Recht. Und ist es denn bei anderen gesetzlichen Erben anders? Ist das Testament nicht auch eine „Enterbung" Derjenigen, die ohne dasselbe geerbt hätten? Es handelt sich also um einen Unterschied in der Form der Enterbung und um nichts anderes.[14]) Soferne man also von einem „Rechte" der Notherben reden will, ist es eben die gesetzliche Erbanwartschaft, die durch ein formgerechtes Testament verdrängt wird. Das Plus an Form, das hier erfordert wird, wurde anfangs nur zur Ausschließung aller Zweifel über den Willen des Testators eingeführt (s. unten).

Nun wollen wir unsere im Abs. I ausgesprochene Ansicht über das formelle Notherbrecht näher zu erklären und zu begründen versuchen.

Die Uebergehung eines filius suus hat Ungültigkeit des Testamentes zur Folge. Nach der Ansicht der Proculejaner wird das Testament erst dann ungültig, wenn beim Tode des Erblassers der filius suus als Notherbe vorhanden ist; nach der Ansicht der Sabinianer ist die Anordnung von Anfang an ungültig, und bleibt es auch, wenn der Sohn vor dem Vater gestorben ist (Gajus II. 123). Diese auch von Justinian gebilligte Ansicht (pr. J. de exher. lib. II. 13) ist meines Erachtens die ältere[15]); sie entspricht der Natur einer Formvorschrift, während die Proculianer schon an ein Recht

14) Uebrigens ist es ungenau, vom „Wegnehmen" oder „Zerstören" eines Rechtes zu sprechen; denn zerfällt später das Testament, so zeigt sich jenes Recht als fortlebend; es wird im andern Falle nur an seiner Verwirklichung gehindert. Vgl. Hofmann in Grünhut's Ztschft. III. S. 656 ff., 663 f.

15) „Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat!" L. 2 §. 47 D. de orig. iur. I. 2.

Digitized by Google

oder ein zu schützendes Interesse des Sohnes denken. Die Ungültigkeit ist aber nicht bloß eine anfängliche und unheilbare[16]), sondern auch eine totale. Hätte es sich nur um den Schutz des Sohnes gehandelt, so wäre eine andere Hülfe möglich gewesen, wenigstens in späterer Zeit; aber da es sich um einen Formfehler handelt, so versteht es sich von selbst, daß der ganze Inhalt des Testamentes ungültig ist. Die Ungültigkeit war ferner auch eine absolute in dem Sinne, daß sie nicht bloß der Sohn, sondern jeder geltend machen konnte, z. B. andere Intestaterben oder die in einem früheren Testamente Eingesetzten; — und es könnte hieran nicht einmal eine Anerkennung des Testamentes durch den Sohn etwas ändern.[17]) Später hat freilich der Prätor geholfen und den eingesetzten Erben, wenn der Sohn abstinirte, die bon. poss. secundum tab. gewährt.[18]) Das Testament heißt t. non iure factum, wie auch sonst ein in der Form fehlerhaftes Testament genannt wird.[19])

Test. rumpitur adgnatione postumi. Würde es sich nur um ein Recht des Postumus handeln, so sollte man meinen, daß das Testament, wenn der Postumus vor dem Erblasser stirbt, gültig ist, zumal es gültig errichtet wurde. Es ist dies aber nach Civilrecht niemals der Fall gewesen; erst ziemlich spät wurde auch hier durch bon. poss. secundum tab. geholfen.[20])

Schwierigkeiten bereiten unserer Ansicht die sog. Accrescenzerben[21]); aber sie bereiten sie jeder anderen auch. Wir stehen hier vor einem ungelösten Räthsel, besonders wegen Mangel einer irgend gesicherten Chronologie der Geschichte des Notherbrechtes. Daß die einschlägigen Rechtssätze mit der l. Voconia nichts zu thun haben,

16) Ueber eine singuläre Abmilderung durch das spätere prätorische Recht (L. 12 pr. i. f. D. de iniusto rupto 28. 3) s. Schröder S. 102 ff. und die dort Citirten.

17) Den Nachweis der hier behaupteten Sätze s. bei Schmidt, Das formelle Recht der Notherben S. 21 fg.

18) Schröder S. 100 fg. und die dort Citirten.

19) Vgl. Schmidt a. a. O. N. 52 mit Windscheid §. 563 N. 1. Allerdings finden sich auch andere Ausdrücke.

20) Vangerow II. §. 473 S. 247.

21) Diese „Accrescenz" ist das Widerspiel zu der sonst so genannten; hier werden die Theile kleiner durch Hinzukommen von Erben.

Digitized by Google

glaube auch ich; daß sie aber älter seien, als diese (wie Schmidt, S. 23, annimmt), das zu glauben fällt mir schwer. Sollten in so alter Zeit die römischen Juristen über den Bruch des Grundsatzes nemo pro parte ihr Gewissen mit einer Fiction beruhigt haben? Denn daß hier in Wahrheit Intestat- und testamentarische Erbfolge neben einander eintreten, konnten sie sich doch nicht verhehlen, wie es auch trotz der Fiction praktische Folgen hat.[22]) Da scheint mir plausibler die Hypothese, daß anfangs überhaupt nur die Haussöhne Notherben waren. — Jedenfalls ging man auch hier von der Annahme eines Irrthums aus, man wollte nicht gegen den Willen, sondern nur gegen die Willenserklärung des Erblassers die übergangene Tochter, bez. den Enkel oder die Enkelin, schützen. Es ist ihr Intestat-Erbrecht, das erst dem direct erklärten Willen des Testators weicht. Daß man das Testament daneben aufrecht erhielt, ist favor testamenti. Daß später die Unterstellung eines Irrthums zur Unwahrheit wurde, ist nichts diesem Falle eigenthümliches, sondern Folge der erstarkenden invidia exheredationis.

So vielfach das prätorische Recht die Folgen der Verletzung des civilen Notherbrechtes gemildert hat (durch b. p. secundum tab.) und so sehr es auch bei Verletzung der prätorischen Vorschriften (also bei der b. p. contra tab.) die Ungültigkeit der letztwilligen Anordnungen eingeschränkt hat; so hat es doch eine Einrichtung, die vom Standpunkte des subjectiven Rechtes kaum zu erklären ist, nämlich die b. p. contra tab. commisso per alium edicto.[23]) Daß ein nicht verletzter Notherbe das Testament angreifen kann, weil darin ein anderer Notherbe präterirt ist — das bleibt gewiß eine paradoxe Erscheinung. Sie wird aber leichter verständlich von unserem Standpunkte aus, wenn man nämlich in dem Notherbrechte eine Summe von Formvorschriften sieht, und den Gedanken an subjective Rechte der Notherben aufgibt.

Gewiß hat sich dieser mit der Zeit auch bei den römischen Juristen geltend gemacht, aber erst in späterer Zeit, und unter dem Einflusse des immer fester sich ausbildenden Pflichttheilsrechtes. Daß es auch bei diesem anfangs sich mehr um eine richterliche Miß-

22) S. Schröder S. 18.

23) Die Ansichten über diese Einrichtung sind sehr verschieden; vgl. Schmidt S. 90—96, Schröder §. 21 Abs. II.

Digitized by Google

billigung des Testamentes (color insaniae!), als um Anerkennung eines Rechtes der „Notherben" handelte, zeigt die ganze Structur der querela inofficiosi testamenti. Der tiefe Unterschied aber vom formalen Notherbrecht zeigt sich darin, daß hier von vornherein nur der Gekränkte gegen das Testament auftreten konnte. Das ausgebildete Pflichttheilsrecht mußte aber auf das andere Institut zurückwirken und die invidia exheredationis steigern; jedenfalls waren beide Entwickelungen Produkte derselben Aenderung in der Volksanschauung — also „Kinder desselben Geistes".

Die hier angedeutete Anschauung über die Natur des sog. formellen Notherbrechtes, die sich dem Vf. beim Lehrvortrag dieses Stoffes mehr und mehr aufgedrängt hat, stimmt vollständig überein mit dem Ergebniß, zu welchem der neueste Monograph dieser Lehre, der der Wissenschaft so vorzeitig entrissene Franz Schröder, gelangt ist. Auf die Frage: „ob dem Notherbenrecht eine eigenthümliche Erbberechtigung entspricht?" antwortet er mit Nein; „m. E. ist es die gewöhnliche gesetzliche Erbberechtigung, welche sich im Notherbenrecht entgegen dem letzten Willen geltend macht." Vgl. S. 16: „Man wird die Grundsätze des Notherbenrechts, vor allem die des formellen, nicht auf ein dem Notherben ertheiltes subjectives Recht, sondern auf eine Beschränkung der Testirfreiheit zurückzuführen haben"; und S. 8: „In Wahrheit ist ihm lediglich die Beobachtung einer Form vorgeschrieben."

Ein wahres subjectives Notherbrecht im formalen Sinn hat erst Justinian in der so vielfach verfehlten Nov. 115 eingeführt, in einem Gesetz, das mehr Zweifel und Verwirrung verschuldet hat, als vielleicht irgend ein anderes. Und diese Neuerung selbst halte ich für einen Fehlgriff, und glaube, daß dabei übel angebrachte Gelehrsamkeit dem Kaiser und seinen Rathgebern einen schlimmen Streich gespielt hat. Ist es glaublich, daß die Byzantiner des sechsten Jahrhunderts noch so viel Sinn für den antiken „honos institutionis" gehabt hätten? Ich glaube, daß ihnen viel mehr daran gelegen war, wie viel sie aus dem Nachlasse, als in welcher Art sie es erhielten. So lange die Ehre der Erbeinsetzung eine Sache lebendiger nationaler Empfindung war, hatte man zu viel Respect vor der Testirfreiheit, um Jemanden ein Recht auf Erbeinsetzung zu geben, und als jener honos institutionis zur gelehrten Reminiscenz

Digitized by Google

geworden, wurde dieses Recht eingeführt! Und durch alle Aenderungen der Cultur hat es sich — Dank der vis inertiae — bis heute erhalten: im Westen, soweit noch das corpus iuris formale Geltung hat, und im Osten, wo man sich mit dem Harmenopulos und, zu seiner Erklärung, mit den Basiliken abquält. In den Büchern sieht das harmlos aus, man muß es sich aber praktisch vorstellen. „Dem heutigen Rechtsbewußtsein ist dieser ganze Standpunkt fremd. Wir sehen im Notherbenrechte . . einfach eine Vermögensangelegenheit, von der wir den Ehrenpunkt vollständig trennen. Der Notherbe hat ein Recht auf den Pflichttheil“ [24]); mehr räumt ihm kein modernes Gesetzbuch ein. Und nun denke man sich den Fall, wo der Testator den Notherben reichlich bedacht, aber nicht zum Erben eingesetzt hat; das Testament ist nach gem. R. ungültig oder doch (nach einer anderen Ansicht) anfechtbar; ist das nicht unerträglich?! Es tritt dieses nur darum nicht oft hervor, weil aus dem Justin. Gesetz in die Lehrbücher, aus diesen in die Formulare der Cautelar-Jurisprudenz, wenn auch nicht ins Bewußtsein des Volkes, das Erforderniß der Erbeinsetzung übergehen mußte, und weil der Laie sich eines Juristen bei Abfassung des Testamentes zu bedienen pflegt. Aber gleichwohl ist es höchste Zeit, daß das fossile Gebilde des formellen Notherbrechtes für immer begraben werde! [25]) —

III.

Wenn unsere kritischen Bemerkungen über das angebliche subjective Notherbenrecht auch nur die Folge hätten, daß gewisse Sätze

24) Bruns in Holtzendorff's Encyklopädie (4. Aufl.) S. 519.

25) Ein praktischer Fall hat mehr Beredsamkeit, als alle theoretischen Betrachtungen. Es wurde mir einmal das Testament eines sehr reichen Mannes zur Begutachtung vorgelegt. Obwohl in seiner Lebensweise und seinen Ansichten längst zum Wiener geworden, war der Verstorbene griechischer Staatsbürger und das byzantinische Recht anzuwenden. An ein formelles Notherbenrecht hatte weder er, noch sein Rechtsfreund je gedacht, da es nichts Aehnliches bei uns gibt. Ueber dem Testamente schwebte das Damoklesschwert der „nullitas iuris novi“, weil ein Notherbe nicht instituirt, obgleich anderweitig sehr reichlich bedacht war. — Glücklicher Weise kam es zum Ausgleich. Ich konnte aber nicht umhin, mir allerlei Gedanken zu machen über die Verständigkeit der Unterwerfung moderner Lebensverhältnisse unter den Harmenopulos oder auch unter Nov. 115, dann über die Verständigkeit dieses Gesetzes selbst und alles „formalen Notherbrechtes“!

Digitized by Google

aus Lehrbüchern und Vorträgen verschwinden und durch richtigere ersetzt würden, so wären jene nicht vergeblich. Aber die hier bekämpfte Vorstellung ist nicht bloß für den Schüler, sie ist auch für den Gelehrten gefährlich. Die ganze geschichtliche Betrachtung hängt ab von dem Standpunkt, von dem aus sie angestellt wird. Wer über die angeblichen „Rechte" der Notherben reflectirt, wird zu anderen Hypothesen greifen, als wer nur an Testaments-Förmlichkeiten denkt. Es ist allerdings unmöglich, über die Anfänge des Notherbenrechtes irgend etwas Sicheres zu sagen, da gar keine directen Zeugnisse auf uns gekommen sind, und die Urzeit des römischen Rechtes überhaupt im Dunkeln liegt.

Man wird immer gezwungen sein, aus dem späteren Rechte Rückschlüsse auf das frühere zu machen; aber eben darum ist die Berichtigung der Vorstellungen über das spätere Recht auch für die geschichtliche Betrachtung so wichtig; jedenfalls darf man nicht durch Vorurtheile die an sich schon so schwierige Forschung trüben. Ein Vorurtheil aber ist es, zu glauben, daß in der geschichtlich bekannten Zeit gewisse Personen eine formelle Notherbberechtigung gehabt hätten. Ohne dieses würde nicht ein tüchtiger Kenner des römischen Erbrechtes eine so befremdende Hypothese über den Ursprung des Notherbenrechtes aufgestellt haben, wie in neuester Zeit geschehen ist.

Schirmer hat unter dem Titel „Das Familien-Vermögen und die Entwickelung des Notherbrechts bei den Römern"[26]) die Behauptung aufgestellt: 1. „daß der paterfamilias beim Vorhandensein eines suus überhaupt kein Testament machen konnte" (S. 170 und nochmal S. 180). 2. „Das Notherbrecht entwickelt sich consequent zu immer weiter gehender Testirfreiheit des Erblassers" (S. 172); 3. „es ist überhaupt nicht eine Fessel für diese, sondern ein Mittel, dieselbe in einer freilich gewissen Schranken unterliegenden Weise zu begründen und auszudehnen" (ebd.). Das sind Sätze, die den bisherigen Lehrmeinungen schnurstracks zuwider laufen, und starker Gründe benöthigen, wenn sie geglaubt werden sollen.

Schirmer geht, wie so viele andere Autoren, von der eigenthümlichen Stellung der domestici heredes aus, folgert daraus

26) Im XV. Bde. der Ztschft. f. Rechtsgeschichte (1881). Romanist. Abthlg. S. 165 ... 180. Gegen ihn, in beachtenswerther Weise, auch Hölder ebd. XVI. S. 211 ... 219.

Digitized by Google

aber nichts Geringeres, als eine Art „Familiengütergemeinschaft", welche noch „in dem System der zwölf Tafeln herrschend war" (S. 166, 170); freilich (wie an späterer Stelle, S. 174, abschwächend gesagt wird) „keineswegs mehr durchweg herrschend". Dafür beruft er sich

1. vor allem auf die bekannten Stellen, welche von der continuatio dominii durch die sui heredes sprechen: Gaius II. §. 157; L. 11 D. de lib. et post. 28. 2 (aus Paul. lib. II. ad Sabin.); Coll. XVI. 3 §. 6 (= Paul. sent. IV. 8 §. 6).[27] Aber er selbst gesteht (S. 167) die Möglichkeit zu, daß „es sich hierbei (auch) etwa bloß um eine subjective Speculation einzelner römischer Juristen handeln" könnte; daß „das, was sie als Ursache der nothwendigen Erbenqualität der Hauskinder hinstellen, (auch) nur eine logische Abstraction aus dieser" gewesen sein könnte. Eine solche Speculation (fügen wir hinzu), lag den späteren Juristen um so näher, als das Erbrecht der meisten im römischen Reiche vereinigten Völker allerdings in der Familiengemeinschaft wurzelte. Gerade bei Gajus, dem Verfasser des Commentars zum Provincial-Edict (gleichviel übrigens, ob er „Provincial-Jurist" war oder nicht) und bei Paulus, einem der letzten namhaften Juristen, dem Minister des sinkenden polyglotten Weltreiches, sind Reflexionen auf breiterer Basis, als der nationalen, nicht unwahrscheinlich.[28] Uebrigens enthalten ihre Aussprüche eine Wahrheit, die für jedes Recht (also auch für das römische) gilt: nämlich, daß die Kinder die nächsten und natürlichsten Erben sind.

2. Für das Miteigenthum der Hauskinder soll ferner sprechen der ihnen „auferlegte Zwang, Erben zu werden" (S. 167). Dieser sei „etwas juristisch Unmotivirtes, sobald man das Vermögen des paterfamilias als ein fremdes, als das einer dritten Persönlichkeit ansieht; was nöthigt denn bloß das Hauskind zum Erwerbe eines Gutes, das ihm bisher nicht gehörte? Wo kennt das Röm. Recht sonst ein solches Muß bei einer Vermögensmehrung?" (S. 167 fg.) Wo sonst? Ja, hat es denn keine anderen heredes necessarii

27) S. 166; vgl. Schirmer, Handbuch des Römischen Erbrechtes (1863) S. 66, §. 6 N. 6 u. 7.

28) Vgl. auch Padelletti, Römische Rechtsgeschichte (bearbeitet von Holtzendorff) S. 125 (in der Anm. 1).

Digitized by Google

gegeben als die sui? Gilt denn nicht derselbe Zwang für die zu Erben eingesetzten Sclaven? Und gilt er für die sui nicht gleichmäßig bei der testamentarischen, wie bei der Intestat-Erbfolge? Wäre die Familiengemeinschaft der Grund, so würde der ipso-iure-Erwerb auch nur bei der Familienerbfolge eintreten. Der von selbst und unabweislich sich vollziehende Erwerb hat eine Licht- und eine Schattenseite, wie schon der Namen „sui et necessarii heredes" andeutet, während die Sclaven, bei denen der Zwang betont wird, nur necessarii heißen. Den sui ist die Erbschaft von selbst gesichert, weil sie ihnen vor allen gebührt; aber sie müssen auch, gleich den Sclaven, die Erbschaft mit ihren Lasten übernehmen, und wären diese noch so groß.[29]) Der Sohn darf sich nicht weigern, die Schulden seines Vaters zu bezahlen; das beneficium abstinendi ist eben nur eine Milderung des strengen Rechtes durch das prätorische Edict. „Die Söhne sind heredes necessarii, weil sie natürliche Vertreter und Träger der juristischen Persönlichkeit des Vaters sind. Es handelt sich dabei mehr um eine Pflicht, als ein Recht. Die sui sind gehalten, die Persönlichkeit des Vaters fortzusetzen, auch wenn die Erbschaft überschuldet ist. Es ist dies die natürlichste Form der Solidarität".[30])

3. Seit jeher hat der bekannte Zwölftafel-Satz: si intestato moritur . . . mit seiner bewunderungswürdigen Prägnanz und Präcision das Nachdenken der Rechtshistoriker herausgefordert.[31]) So urgirt es denn auch Schirmer[32]), „daß die zwölf Tafeln den suus nicht zur Erbfolge berufen, sondern bloß in Ermangelung eines suus die Intestat-Erbfolge anordnen." Ich gestehe, daß von allen Argumenten für die Eigenthümlichkeit der domestica hereditas dieses auf mich den meisten Eindruck gemacht hat, weil sich daran ein weiteres Argument anschließt. Aber gerade dieses letztere führt der

29) Daß hiemit der ipso-iure-Erwerb zusammenhängt, zeigt ja deutlich die Darstellung bei Gajus II. 158 sq.

30) Padelletti a. a. O. — Von der aditio hereditatis sagt Rivier (p. 27): Par cet acte, il s'engage envers les créanciers du défunt; son obligation de payer les dettes ne lui est donc pas imposée: il l'assume librement." Das Argument a contr. für den h. necess. ergibt sich von selbst.

31) So stellt auch Sohm, Institutionen S. 330 fg. darüber Vermuthungen auf.

32) S. 168; vgl. Erbrecht S. 128.

Digitized by Google

Verfasser nicht an; ich meine die Analogie des attischen Rechtes. Nach diesem konnte ein Erblasser, der eheliche Söhne hinterließ, nicht testiren; *ὁ νόμος αὐτὸς ἀποδίδωσι τῷ υἱεῖ τὰ τοῦ πατρὸς καὶ οὐδὲ διαθέσθαι ἐᾷ, ὅτῳ ἂν ὦσι παῖδες γνήσιοι.*[33]) Der erwähnte Zwölftafel-Satz nun lehnt sich in der syntaktischen Fassung an ein anderes attisches Gesetz an. Man vergleiche: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. . . *Ὅστις ἂν μὴ διαθέμενος ἀποθάνῃ, ἐὰν μὲν παῖδας καταλίπῃ θηλείας, σὺν ταύτῃσι, ἐὰν δέ μὴ, τοίτους κυρίους εἶναι τῶν χρημάτων. . . .*[34]) Allein die Anlehnung ist doch nur eine Nachahmung der Formulirung; der Inhalt ist ja ganz verschieden. Es heißt hier: Wenn Jemand als intestatus stirbt, und wenn er weibliche Descendenten hinterläßt, so sollen mit ihnen, sonst überhaupt, folgende Collateralen (die dann aufgezählt werden) Herren des Vermögens sein. . . Auffallend ist (und ließe sich für die hier bezweifelte Ansicht geltend machen), daß die Söhne gar nicht erwähnt werden. War ihre Erbfolge vielleicht in einem andern Absatze geregelt? Wahrscheinlich war erst davon, dann von dem Testamente die Rede, worauf erst unser Gesetz folgte. Dafür spricht die citirte Stelle aus Isäus, und eine andere in derselben Rede (§. 25), welche gleiche Theilung unter den Söhnen mit diesen Worten bezeugt: *τοῦ νόμου κελεύοντος ἅπαντας τοὺς γνησίους ἰσομοίρους εἶναι τῶν πατρῴων.* Ebenso ist es eine unwahrscheinliche Voraussetzung, daß in den zwölf Tafeln über die Erbfolge nicht mehr gestanden hätte, als was auf uns gekommen ist. Mithin beweist das Schweigen an beiden obigen Stellen nichts. Aber selbst angenommen, daß das attische und das römische Gesetz das Erbrecht der Söhne mehr vorausgesetzt, als sanctionirt habe, so würde sich das einfach daraus erklären, daß nach der Empfindungsweise der meisten Völker die Kinder[35]), und namentlich die Söhne

33) Isaeus de Philoct. §. 28; cf. ibid. §. 9.

34) Citirt in der Rede des Demosthenes gegen Makartatos §. 51. Vgl. Gans, Erbrecht I. S. 343 ff., Hermann, Lehrb. d. griech. Privatalterthümer (bearbeitet von K. B. Stark) §. 64 Anm. 8.

35) Das wunderliche, unserer Race fremde, sog. Neffenerbrecht bezieht sich doch wohl mehr auf die Nachfolge in der Herrschaft (der Häuptlinge, Könige), als auf das private Erbrecht.

Digitized by Google

die nächsten Erben sind. Abermals ist es Paulus, welcher in L. 7 pr. D. de bon. damnat. 48. 20 sagt: Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentium hereditatem addiceret . . .[36]) und ähnlich Philo (de vita Mosis c. 3): *ὁ νόμος φύσεώς ἐστι κληρονομεῖσθαι τοὺς γονεῖς ὑπὸ υἱῶν παίδων.*

Die vermeintliche Analogie, die mich häsitiren ließ, besteht vor einer kritischen Prüfung nicht. Zu verschieden ist der übrige Inhalt der attischen und altrömischen Erbfolge-Gesetze, zu verschieden auch die griechische und die römische väterliche Gewalt.[37])

Jedenfalls aber ist in all' dem, was man schon aus der Stylisirung des Satzes: „si intestato . . ." gefolgert hat, mehr Phantasie als Kritik. Am weitesten geht aber Schirmer's Behauptung: „Wenn also die zwölf Tafeln die Intestat-Erbfolge mit dem proximus agnatus beginnen, so ist darin ausgesprochen, daß es bei Vorhandensein eines suus zur Erbfolge eben nicht kommt."[38])

---

36) Er fährt so fort „addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in iure civili suorum heredum nomen eis indictum est, ac ne iudicio quidem parentis nisi meritis de causis summoveri ab ea successione possunt" .. Das scheint ja ein directes Zeugniß für die Anknüpfung des Notherbenrechtes an das Recht der sui heredes zu sein. Aber die Stelle ist so unjuristisch, daß man an ihrer Echtheit zweifeln muß; jedenfalls ist sie ungeeignet, irgend etwas zu beweisen. Sind denn liberi und sui Synonyma? hat es vor Nov. 115 je eine debita successio (in hereditatem parentium) gegeben? Es kann also nur der Pflichttheil gemeint sein, wo es schon ungenau gesprochen ist, daß die lex tacita den Kindern die hereditas als debita successio zuspreche, und wo die Hervorhebung der sui geradezu unverständlich ist. Freilich kam es auf Genauigkeit nicht an, da es sich ja nur um die Motivirung einer humanen Abschwächung der Strafe handelt.

37) Davon nochmal später.

38) Ebenso grundlos ist die Berufung auf das prätorische Edict. Daß die sui eine eigene Classe vor den legitimi bilden, soll wieder beweisen, daß die sui gar keine legitimi heredes seien. Als ob ihre Bevorzugung so auffallend wäre und als ob die emancipati nicht auch zu der ersten Classe (unde liberi) gehören würden! Auch kamen ja die sui in der zweiten Classe nochmals daran. Man kann gerne zugeben, daß ihnen „nur in Folge der Fassung des Edictes auch die b. p. unde legitimi zugestanden wurde, . . . ohne daß dies von vornherein eigentlich beabsichtigt ward" (Erbrecht §. 10 N. 74); nicht aber, daß man „erst vermöge einer ausdehnenden Interpretation den suus in der Classe unde legitimi zuließ", wie Schirmer jetzt (S. 168 fg.) behauptet. Daß Jemand in zwei oder mehreren prätorischen Classen stand, war überhaupt nichts Seltenes.

Digitized by Google

Weiter kann die Ueberschwänglichkeit nicht mehr gesteigert werden. In Wahrheit nehmen die sui innerhalb der Intestat-Erben eine ausgezeichnete Stellung ein. Daraus haben Danz u. A. den Satz gemacht: die sui sind keine heredes ab intestato, sondern eine eigene Art von heredes: domestici h. Schirmer sagt vollends: sie sind gar keine Erben; es tritt keine Erbfolge ein, es gibt hier keine Erbschaft. Wie sehr es ihm damit Ernst ist, zeigt das folgende Argument:

4. Die Sabinianer lehrten: Suus autem et necessarius heres in iure cedendo hereditatem nihil agit (s. Gajus III. §. 87). Natürlich, meint Schirmer S. 169, weil wir hier „gar keinen wirklichen Erbfall vor uns haben". „Gibt es nämlich, wo ein suus eintritt, gar keine Erbschaft, so ist nothwendig jede in iure cessio ein objectloses Geschäft und deshalb nichtig." Dann ist es unbegreiflich, wie die Proculianer jene Meinung der anderen Schule bestreiten konnten. Und doch liegt die Erklärung so nahe: der heres necessarius darf und kann sich der Erbschaft nicht entschlagen. Dazu kommt noch, daß die in iure cessio mit voller Wirkung nur hinsichtlich der deferirten, noch nicht erworbenen Erbschaft möglich war. Nur in diesem Falle ist sie eine Uebertragung des Erbrechtes; nach der Antretung ist sie eine Art Nachlaß-Veräußerung, wenngleich noch sehr verschieden von der gewöhnlichen emtio venditio hereditatis. Jener alte Normalfall ist ein Seitenstück zur in iure cessio der tutela mulierum legitima; in beiden Fällen handelt es sich in der Regel um ein Recht der Agnaten. Daher kann der im Testamente Eingesetzte sein Recht aus der Delation nicht übertragen. Nach der Antretung der Erbschaft ist er dem heres legitimus gleichgestellt. Daraus geht hervor, daß die Abtretung der erworbenen Erbschaft nicht der Normalfall der alten in iure cessio hereditatis war, sondern daß es sich dabei um Transmission des Rechtes aus der Delation der unerworbenen

---

Die den Mann überlebende uxor in manu stand sogar in allen vier Classen, auch in der dritten (a. M. ist Sohm S. 340); nam qui est adgnatus, et cognatus est (L. 10 §. 4 D. de gradib. 38. 10); cf. L. 3 D. unde cognati 38. 8. L. 23 D. de adopt. 1. 7 (die daselbst erwähnte uxor ist selbstverständlich keine uxor in manu).

Digitized by Google

Erbschaft handelte; eine solche ist aber bei einem heres necessarius undenkbar. Alles dies wird bestätigt durch Gajus II. 34—37.

5. Nur in Ermangelung von sui kann usucapio pro herede Platz greifen (Gajus II. 58. III. 201). Aber Gajus spricht an beiden Stellen nicht vom „suus", sondern schlechtweg vom „necessarius heres". Es erklärt sich also dieser Satz nicht aus der bevorzugten Stellung der sui, sondern aus dem allen necessarii auferlegten Zwange, sich des Nachlasses anzunehmen und für seine Schulden einzustehen.

6. Das letzte und wunderlichste Argument für die „Familiengütergemeinschaft" ist die Berufung auf die Pupillar-Substitution (S. 169 ff.). Für einen Anderen testiren, über dessen Vermögen verfügen, sei ein Widerspruch. Dies thue aber der Vater nicht, er verfüge nicht über fremdes Gut.[39]) Daß der Sohn bei Lebzeiten des Vaters Miteigenthümer des väterlichen Vermögens gewesen, ist meines Erachtens falsch, aber läßt sich doch hören; aber wie soll der todte Vater Miteigenthümer desjenigen Vermögens sein, das dem Kinde etwa einige Jahre nach seinem Tode zufällt! Und daß der Pupillar-Substitut zu dem ganzen (nicht bloß zu dem vom Vater herrührenden) Vermögen der Kinder berufen war, ist doch sicher.[40])

Später (S. 175) folgen die ebenso befremdenden Bemerkungen: a) der Satz „cum nexum faciet mancipiumque . . ." sei vielleicht hauptsächlich zur Negirung eines Beispruchsrechtes der sui formulirt worden; und b) der Satz „duorum in solidum dominium esse non potest" enthalte eine Bekämpfung des Gesammteigenthums der Familie.

Ueber dieses Gesammteigenthum haben schon Brocher (S. 68)[41]) und Padelletti (S. 125 ff.) das rechte Wort gesagt, und die extremen Folgerungen Schirmer's werden vielleicht Manchen von

---

39) Die wunderlichen Wendungen, die das Paradoxon abschwächen sollen, möge der Leser dort S. 170 nachlesen, und in der Ausgabe von Puchta's Pandekten §. 478 N. e.

40) Plausibler ist die Zurechtlegung des Verhältnisses bei Windscheid §. 558 N. 8.

41) Und, diesem zustimmend, Anschütz in der Münchener kritischen Vjschft. XII. S. 89.

Digitized by Google

der jetzt recht verbreiteten Ueberschätzung der bekannten Aeußerungen des Gajus und Paulus abbringen.

Nach den für das Gesammteigenthum und die Familiengütergemeinschaft vorgebrachten Gründen wendet sich Schirmer (S. 170 ff.) dem Satze zu: „daß der paterfamilias bei dem Vorhandensein eines suus überhaupt kein Testament machen" konnte, den er eine „Folgerung aus dem Wesen der Familiengütergemeinschaft" nennt. Mit dieser wäre auch die Folgerung erwiesen; da aber dieser Beweis hier widerlegt ist, so ist auch schon dem obigen Satze die Hauptstütze entzogen. Indessen wäre er immerhin auch ohne jene Gemeinschaft denkbar, und deshalb müssen wir auch die anderen für ihn vorgebrachten Argumente prüfen.

Nach Schirmer (S. 170) findet er seine „positive Beglaubigung(!) in der Rechtsparömie agnascendo testamentum rumpitur". Und doch erkennt er selbst an (S. 171), daß die agnatio postumi von schärfer durchgreifender Wirkung sei, als die Uebergehung eines schon geborenen Hauskindes, dessen „Notherbrecht einen viel mehr bedingten und milderen Charakter an sich trägt". Schon dies hätte Schirmer bedenklich machen sollen; denn wäre sein Grundgedanke richtig, so müßte das umgekehrte Verhältniß stattfinden; die zur Zeit der Testaments-Errichtung schon lebenden Miteigenthümer könnten doch kein schwächeres Notherbrecht haben, als Diejenigen, die damals noch gar nicht vorhanden waren, also auch kein Recht an dem Vermögen haben konnten![42])

Es ist die Macht einer vorgefaßten Meinung, daß dieser Widerspruch übersehen wird, während doch sowohl der Satz agn. post.

---

42) S. 179 fg. trägt er nach: „Nur in einem Punkte ist das Recht der postumi [soll heißen: des postumus] minder scharf; das Testament, in welchem er übergangen ist, wird erst mit seiner Geburt hinfällig; als nasciturus hat er noch keine Rechte; das Testament, in welchem der suus iam natus präterirt wurde, hat nach der Sabinischen Ansicht von Anfang an keine Gültigkeit, wogegen die Proculejaner es erst ungültig werden lassen, wenn im Augenblicke des Todes des Testators der suus sich präterirt findet (Gajus II. 123)." „Die Sabinianer bleiben in der alten Lehre vom condominium der sui stecken", die Anderen ziehen die logische Consequenz der veränderten Anschauungen. — M. E. sind es gerade die Proculejaner, die dabei an ein Recht des Präterirten denken, während die Sabinianer dabei bleiben, daß die Verletzung einer Formvorschrift das Testament von vornherein ungültig mache.

Digitized by Google

rumpitur test., als sein „schärferes Durchgreifen“ sich so einfach erklären läßt.

Wenn nach der Testamentserrichtung dem Testator ein Descendent geboren wird, so erfolgt selbst nach den modernen Gesetzen, denen das formelle Notherbrecht fremd ist, oft eine Correctur, zuweilen selbst eine Ruptur des Testamentes, weil man annimmt, daß der Erblasser, wenn er diese Geburt vorausgesehen hätte, anders testirt haben würde (s. z. B. österreich. a. bgl. G. B. §§. 777, 778, 617, 628). Im alten römischen Rechte kommt nun der Umstand hinzu, daß eine persona futura, wie überhaupt eine persona incerta, nicht instituirt werden konnte. Während es also im modernen Rechte wenigstens denkbar (wenn auch unwahrscheinlich) ist, daß die Uebergehung eine absichtliche sei, weil hier die Möglichkeit gegeben ist, künftige Descendenten zu bedenken, war alles dies im altrömischen Recht gänzlich unmöglich. Hieraus ergab sich die Ruption des Testamentes von selbst. Hieraus erklärt sich aber auch sehr leicht, warum das Notherbrecht des postumus „durchgreifender“ gewirkt habe, als das des schon vorhandenen Kindes, dessen Uebergehung auch eine absichtliche gewesen sein konnte.

Schirmer's Darstellung dagegen geräth immer mehr in Widersprüche. Er selbst muß zugeben, daß der Satz „test. rumpitur adg. post.“ älter, das Notherbrecht der sonstigen sui jünger sei (S. 171). Hätte aber das Notherbrecht sich aus dem Gesammteigenthum entwickelt, so müßte es sich umgekehrt verhalten. Aus dieser Verlegenheit sucht sich der Vf. so herauszuhelfen: der von ihm gelehrte Satz gehöre nicht dem Notherbrecht, sondern „einer ganz anderen Richtung an, er negirt die testamenti factio des Erblassers“. Das Notherbrecht dagegen sei gar keine Fessel der Testirfreiheit, sondern umgekehrt „ein Mittel dieselbe . . . . zu begründen und auszudehnen“ —! — Eine Theorie, die zu solchen Behauptungen führt, widerlegt sich selbst.

Daß der Satz „uti legassit super pecunia“ nicht bloß auf Legate, sondern überhaupt auf letztwillige Anordnungen geht, nimmt auch Schirmer an (S. 173). „Aber nur die sua res unterliegt seiner Disposition, und soweit das Miteigenthum der sui in Frage kommt, ist das Vermögen nicht sua res, sondern Familienvermögen.“ Wenn er aber seinem Kinde einen Erben ernennt, so

Digitized by Google

„verfügt (er) überall nicht über fremdes Gut“ (S. 170)! Sein eigenes Vermögen ist nicht „sua res“, das Vermögen aber, das sein Kind nach seinem Tode erwirbt, ist kein „fremdes Gut“. Sein Vermögen ist nicht „sua res“; was ihm aber niemals gehört hat, das ist „sua res“! — Nun könnte man meinen, daß der Vf. diesen schreienden Widerspruch damit abzuschwächen suche, daß er die Pupillar-Substitution in eine spätere Zeit verlege. Keineswegs! Erst war diese gestattet und die Vormundsbestellung für die Pupillen — „in den zwölf Tafeln ist die Tutel (noch) lediglich tutela rei“ (!) S. 174 — und da nun in diesem Gesetze „die Testaments-Errichtung dem paterfamilias, der sui besaß, nicht direct untersagt war“ (S. 176), so „fanden sich praktische Anhaltspunkte für deren Zulässigkeit in der Pupillar-Substitution und in der Vormundschafts-bestellung“ (S. 177). Also: die Pup.-Subst. war älter, als die Möglichkeit, sich selbst (in diesem Falle) Erben einzusetzen! —

Das sind wunderliche Verirrungen eines verdienstvollen Gelehrten.

Dennoch ist Schirmer's Aufsatz, obgleich verfehlt, nicht ohne Nutzen: einmal wegen einzelner richtiger Bemerkungen, die später zur Sprache kommen werden, dann aber wegen des folgenden, viel wichtigeren Umstandes. Es liegen ihm Vorstellungen zu Grunde, die sehr verbreitet sind, und nur wegen ihrer nebelhaften Unbestimmtheit bisher wenig Widerspruch erfahren haben. Schirmer erst hat diesen Vorstellungen einen schärferen, faßbaren Ausdruck gegeben; er hat sie in allen Consequenzen durchdacht, und indem er dabei zu unmöglichen Resultaten gekommen ist, die Probe ihrer Unrichtigkeit geliefert. Im Halbdunkel historischer Ahnung belassen, hat die Ableitung des Notherbenrechts aus dem Familieneigenthum etwas Verlockendes; im Tageslicht strenger Schlußfolgerungen erweist sie sich als unhaltbar.

IV.

Die Naturrechtslehrer würden nie zu ihrer verkehrten Theorie über das Erbrecht gekommen sein, wenn sie nicht einseitig romanistisch gebildet und fast ohne jede Kenntniß des Rechtes anderer Völker gewesen wären. So nur konnten sie verleitet werden, das ganze Erbrecht (auch das gesetzliche) auf den Willen des Erblassers

Digitized by Google

gründen zu wollen.[43]) Durch die Germanisten, durch rechtsvergleichende Studien, durch Hegel und Gans sind richtigere Vorstellungen zum Gemeingut geworden. Die Römer sind hier (freilich nicht nur hier) ein „ganz apartes" Volk, aus dessen Geschichte man keine allgemeinen culturgeschichtlichen Gesetze ableiten darf.[44]) Wir dürfen aber ebendarum auch nicht in den umgekehrten Fehler verfallen, und in das römische Erbrecht aus der allgemeinen Geschichte des Erbrechtes unrömische Vorstellungen hineintragen. Mag es auch bei den italischen Völkern eine Zeit der Familiengütergemeinschaft[45]) gegeben haben, in Rom findet sich keine Spur davon. „Il est certain", sagt Brocher (p. 68) mit Recht, „que l'idée d'une copropriété existant entre les membres de la famille est diamétralement opposée à l'ésprit général du droit romain. Ce droit concentrait la propriété de la famille en mains du chef qui dominait celle-ci." Ebenso bemerkt Padelletti (S. 125) gegen die Ansicht, als ob die Testirfreiheit erst allmälig aufgekommen wäre: „Diese Annahme scheint uns nicht nur unbegründet, sondern auch mit der Geschichte und dem Begriff der patria potestas des römischen Rechts unvereinbar. Für das Alter der Testamente in Rom spricht Liv. I. 34; Plut. Rom. 5; Numa 10; Gell. VI. 7; Macrob. I. 20." Ebenso richtig ist seine Annahme, daß „in der altrömischen Familie der paterfamilias schrankenloser Herr war; er hatte daher von seinen letztwilligen Verfügungen Niemand Rechenschaft zu geben" (S. 126). Erst allmälig ist die Testirfreiheit beschränkt worden (S. 125).[45a])

Es ist doch auch nichts natürlicher, als die Annahme, daß die Testirfreiheit und die Stärke der väterlichen Gewalt in gleichem Verhältnisse gestanden haben. Fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus — sagt Gajus (I. 55), und die Griechen bestätigen dies (Dionys.

43) Vgl. unseren Commentar II. S. 4—6, und die Excurse II. S. 1 ff.

44) Vgl. Commentar II. S. 5, bei und in N. 13; und Excurse II. S. 189 N. 12.

45) Man darf aber weder an ein condominium, noch an ein Gesammteigenthum im techn. S., noch an irgend eine Kategorie eines verfeinerten Rechtes denken; vgl. Excurse II. S. 189.

45a) Ob das Testament der Billigung Seitens der Volksversammlung bedurfte, ist eine andere Frage; das wäre aber keine Beschränkung durch das Familienrecht.

Digitized by Google

Halic. II. 26 sq., Plut. Num. 17 i. f.).[46]) Schon darum ist ein Schluß vom Erbrecht anderer Völker auf das der Römer unzulässig. Ausdrücklich bezeugt Paulus die ursprüngliche vollste Testirfreiheit und bringt sie treffend mit der Machtfülle des paterfamilias in Zusammenhang, u. zw. — was besonders hervorzuheben ist — an derselben Stelle, welche so oft für das Miteigenthum der Kinder angeführt wird, nämlich in L. 11 D. de lib. et post. 28. 2. Dort wo er von der „continuatio dominii" und davon spricht, daß die Kinder nach des Vaters Tode „non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur", leitet er daraus nur ihr Intestat- und kein Notherbrecht ab: „hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt; nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat." Rivier (p. 186) bemerkt dazu: Paul .... a parfaitement raison, quoiqu'on dise.

Es darf auch wohl noch immer als die herrschende Lehre bezeichnet werden, daß „der Ausgangspunkt des römischen Rechts (die) Anerkennung der unbedingten Testirfreiheit gewesen ist".[47]) Mit Recht beruft man sich hierfür auf L. 120 D. de V. S. (Pompon. lib. V. ad Quint. Muc.) Verbis legis XII tab. his 'uti legassit suae rei, ita ius esto' latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi[47a]), tutelas quoque constituendi. Es ist eine wunderliche Ansicht von Danz (II. S. 90), daß die Macht, zu exherediren, allerdings aus des Vaters libera administratio des Familiengutes folge, daß man sich aber für sie nicht auf L. 120 cit. berufen dürfe, weil dort nichts von einer „latissima potestas exheredandi" gesagt sei! Pomponius fährt fort: Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium; er bezeugt also direct die anfänglich volle Testirfreiheit und ihre erst allmälige

46) Vgl. die Citate, welche Böcking in der (5.) Ausgabe des Gajus zu I. §. 55 gesammelt hat.

47) Windscheid §. 575 N. 2. („Testirfähigkeit" ist doch wohl ein Druckfehler.)

47a) Welche souveräne Macht steht dem testirenden Römer zu, der aus einem Sclaven (der im Wesentlichen einem Hausthiere gleich stand) einen römischen Bürger machen konnte!

Digitized by Google

Beschränkung. Das paßt schlecht zu der Behauptung Schirmer's (S. 172): „Das Notherbrecht entwickelt sich consequent zu immer weiter gehender Testirfreiheit des Erblassers"! —

Mit der vollsten Testirfreiheit wäre allerdings ein formelles Notherbrecht in dem oben dargelegten Sinne noch immer vereinbar[48]), geradeso gut, wie die äußeren Testaments-Förmlichkeiten damit vereinbar sind. Aber bei dem in comitiis calatis gemachten Testamente war kaum ein Bedürfniß solcher Regeln vorhanden[49]), da es jedenfalls (wie immer man über die Bedeutung dieser Volksversammlungen und das Verhalten des pontifex dabei denken mag) unter der Controle der Oeffentlichkeit stand, indem Person und Familienverhältnisse des Testators vielen der Anwesenden genau bekannt waren. Bei dem in procinctu errichteten Testamente ist an eine peinliche innere Form gar nicht zu denken. Auch sind die hier in Frage stehenden Regeln so subtil, so fein ausgeklügelt, daß sie nicht das Product einer naiven Rechtsbildung sein können, sondern offenbar Juristenrecht sind. Wir können also mit Beruhigung bei dem Satze stehen bleiben, daß es in den ersten Jahrhunderten Roms keinerlei Notherbenrecht (wie immer man dieses Recht verstehen mag) gegeben hat.[50])

Ebenso steht das hohe Alter des Satzes von der Ruption durch den Nachgeborenen fest; sonst hätte ihn nicht schon Cicero (zweimal) als Musterfall eines allgemein bekannten, unzweifelhaften Rechtssatzes anführen können: „Constat adgnascendo rumpi testamentum."[51]) Ohne Zweifel ist der Satz älter, als irgend ein anderer des Notherbrechtes. Die lex privata ist auf die veränderten factischen Verhältnisse nicht mehr anwendbar.[51a]) Daß der Vater

48) Vgl. Hölder, Beiträge S. 91. — Dieses wird oft verkannt.

49) Gleicher Ansicht ist Rivier (S. 185 Note) und der von ihm citirte Böcking.

50) Dafür alle mir bekannten Monographien und die Mehrzahl der Lehrbücher. S. etwa Bluntschli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen (1829) S. 10 ff.; Boissonade, Histoire de la réserve héréditaire (Paris 1873) p. 62—65; Brocher p. 64 sv.; Francke S. 15—19; Schmidt S. 1 ff.; Schröder, §. 1 u. §. 7.

51) S. darüber Schröder S. 34 N. 2.

51a) Dasselbe wäre in Folge des Todes von Eingesetzten der Fall gewesen, wenn die Römer eine absolute Theilberufung gehabt hätten; da sie aber nur

Digitized by Google

den postumus habe enterben wollen, durfte man aus der Uebergehung nicht schließen, da er ihn ja gar nicht einsetzen konnte. Es gab also keine andere Hülfe, als daß entweder der Vater ein neues Testament machte oder Intestat-Erbfolge eintrat. Den postumus zu den anderen Erben hinzutreten zu lassen (als sog. Accrescenz-Erben), das verbot der Satz: nemo pro parte. Derselbe Satz machte es dem Vater unmöglich, mit Rücksicht auf die Möglichkeit von postumi einen Theil des Nachlasses an die Intestat-Erben fallen zu lassen.[52]) Die künstliche Aushülfe, die bei Töchtern und entfernteren Descendenten beliebt wurde (ius adcrescendi in diesem, dem gewöhnlichen entgegengesetzten Sinne), kann eben darum nicht sehr alt sein.[53]) Es gibt also nur zwei Möglichkeiten: entweder hatte früher ihre Präterition eine stärkere oder sie hatte gar keine zerstörende Wirkung; nach dem ganzen Zug der Geschichte des Notherbrechtes scheint mir die letztere Annahme die wahrscheinlichere zu sein.[54])

Zweifelhaft, aber nebensächlich, ist es, in welcher zeitlichen Reihenfolge die einzelnen Gruppen der postumi (im weiteren Sinne) Berücksichtigung fanden.[55]) Man kann sagen: der Satz von der Ruption sei zuerst bei den postumi im engsten (vulgären) Sinne aufgestellt worden, weil hier die Möglichkeit eines neuen Testamentes ausgeschlossen war. Andererseits war hier früher als bei anderen postumi die Möglichkeit der institutio eingeführt.

Wichtiger ist, daß die ältesten Nachrichten von einem (fälschlich sog.) Notherbenrecht schon bei der Testaments-Errichtung lebender sui auf Fälle gehen, wo der Vater diese irrig für todt hielt, also auf Fälle, in denen Hadrian und spätere Kaiser auch ohne jede Rücksicht auf ein Notherbrecht den Uebergangenen geholfen haben.

Verhältnißzahlen aufstellten, so paßte das Testament, welches z. B. fünf instituti enthielt, auch auf drei Ueberlebende.

52) Vgl. Brocher p. 65 sv. Hier ist auch die richtige Ansicht über den Satz nemo pro parte angedeutet. L'unité de succession était le principe fondamental de leur droit civil. Aber freilich hätte auch der Grund dieser „unité" angedeutet werden sollen.

53) A. M. ist Schmidt S. 23.

54) A. M. auch hier Schmidt S. 20 N. 51.

55) Vgl. Brocher p. 66 sv. (wo die beiden letzten Sätze der S. 66 durch Versehen umgestellt sind; sonst verstehe ich sie nicht); dann Schmidt S. 8—16; Schröder S. 36.

Digitized by Google

Vgl. den von Cicero de orat. I. 38 erzählten Fall[56]) mit den beiden von Paulus berichteten Fällen in L. 28 D. de inoff. test. 5. 2 und L. 93 (92) D. de hered. inst. 28. 5.

Durch zwei Punkte ist die Richtung einer geraden Linie gegeben; und durch zwei so wichtige Thatsachen, wie die durch Cicero bezeugten, auch die Richtung, nach welcher der Zug der Geschichte geht. Schon darnach darf die folgende Behauptung eine gut begründete Hypothese genannt werden: Die ältesten, zum sog. Notherbrecht gezählten Sätze haben den Zweck, zu verhindern, daß ohne den Willen des Erblassers die nächsten Erbanwärter von der Erbfolge ausgeschlossen werden.[57])

Alle Testamentsförmlichkeiten haben drei Zwecke: 1. eine übereilte, unüberlegte Verfügung hintanzuhalten, 2. eine unzweideutige Erklärung des Willens zu fördern, 3. die Erinnerung an sie (eventuell den Beweis derselben) zu sichern. Die äußeren und inneren Förmlichkeiten der Testamente dienen diesen Zwecken. Der Wille, seine Erklärung und unser Wissen davon, sollen bestimmt sein.[57a]) Nun haben wir oben durch dogmatische Analyse des ausgebildeten Rechtes uns überzeugt, daß dem sog. formalen Notherbrecht keinerlei subjectives Recht entspricht, daß jene Vorschriften nicht den mindesten Schutz gegen Willkür und Lieblosigkeit jemals gewähren konnten.[58]) Diese aus dem classischen Rechte gewonnene Erkenntniß und jene Prüfung der Anfänge des Institutes bestätigen einander gegenseitig, und damit wird die obige Hypothese fast zur Gewißheit erhoben. Man darf sich nicht durch Sätze des ausgebildeten Rechtes irre machen lassen. Von „praeteritio“ sprachen die römischen Juristen,

---

56) Vgl. Schmidt S. 56 ff., Schröder S. 36 f.

57) Verschiedene Vertreter dieser Ansicht sind citirt bei Schröder S. 39 N. 14.

57a) Der Satz „certo iudicio liberi a parentium successione removendi sunt“ ist gewiß nicht von Hermogenian (s. L. 18 D. de b. p. contra tab. 37. 4), sondern eine alte Schulregel, u. zw. (wie mir scheint) eine Anwendung der Regel „certum consilium debet esse testantis“ (Ulp. XXII. 4) auf unsere Materie. Mit zunehmender invidia exheredationis änderte sich entsprechend der Sinn jenes Satzes.

58) Deshalb soll man nicht neben der irrthümlichen auch die liebloſe Präterition als eine Gefahr nennen, gegen welche das formelle Notherbrecht eingeführt war.

Digitized by Google

auch wo keine Uebergehung, sondern eine fehlerhafte institutio oder exheredatio vorlag. Auch war der Rechtsvorschrift durch ein Legat an den suus nicht genügt. Hier ist nun freilich überall kein Irrthum und kein Mißverständniß möglich. Es ist aber überhaupt eine sehr häufige Erscheinung, daß eine ratio legis nicht in die lex selbst (als Voraussetzung ihrer Anwendung) aufgenommen wird.[59])

Allerdings hat in der Kaiserzeit das Pflichttheilsrecht auf das formale Notherbrecht eingewirkt, indem der (diesem fremde) Gedanke, daß die Kinder gegen Härte und Lieblosigkeit zu schützen seien, zur Steigerung jener Formvorschriften und zu ihrer peinlichen Handhabung geführt hat.[60]) Einen stärkeren Einfluß konnte ein so heterogenes Institut nicht üben; das formale Notherbrecht der Römer (wozu ich Nov. 115 natürlich nicht rechne) hat in die Freiheit des Testators nicht eingegriffen[60a]); selbst einer noch so harten und ungerechten Willkür desselben hat es ein Verbot nicht entgegengesetzt. Wir haben oben bemerkt, daß streng genommen weder das sog. formelle, noch das sog. materielle Notherbenrecht diesen Namen verdienen: jenes nicht, weil es im römischen Rechte keine Nöthigung auferlegte, die fraglichen Personen irgendwie zu honoriren, dieses nicht, weil es zwar zur Honorirung, aber nicht gerade zur Erbeinsetzung nöthigt.[61]) Aber auch die Zusammenfassung beider Einrichtungen unter einen Gattungsbegriff ist nicht gerechtfertigt; denn es sind hinsichtlich ihrer Entstehung, ihrer Grundgedanken, der geschützten Personen, sowie der Folgen der Uebertretung dieser Vorschriften durch den Testator und hinsichtlich der Art der Geltendmachung verschiedene Institute. Daß sie dennoch zusammengestellt werden, erklärt sich geschichtlich daraus, daß die (principiell verschieden bestimmten) Personenkreise factisch zum Theil einander

---

59) S. unseren Commentar I. S. 181.

60) Vgl. Schmidt S. 19 f., etwas anders Schröder S. 40 f., der mit Recht betont, daß diese Tendenz erst einer späteren Zeit angehört und in keinem Zusammenhange mit der Entstehung des Notherbrechtes steht.

60a) Ganz singuläre und vorübergehende Ausnahmen s. bei Schmidt S. 20 N. 49.

61) A. M. für das alte Recht Brinz 1. Aufl. S. 740, Hölder, Beiträge S. 112.

Digitized by Google

decken, dann aus der eigenthümlichen b. p. contra tab. des Patrons und Parens Manumissor, endlich aus Nov. 115.

Darum ist es auch unrichtig, wenn in der Geschichte des formellen Notherbrechtes so oft von der natürlichen Verwandtenliebe, von Billigkeit u. dgl. gesprochen wird.[62]) Das sind Erwägungen, welche nur für das Pflichttheilsrecht zutreffen, und nur von diesem fiel später ein Reflex auf das andere Institut. Aber direct hat dieses mit irgend welchen Gemüthsregungen gar nichts zu thun. Es wurzelt nicht in der natürlichen Familie, sondern, wie das altrömische Intestaterbrecht überhaupt, in der künstlichen Familie, dem Ergebnisse der Gliederung des Gemeindelebens nach Hausvätern. Um das Gedeihen und den Wohlbestand der Geschlechter handelt es sich, nicht um Liebe. Der Grundbesitzer (ob Aristokrat oder Bauer, ist gleichviel) kennt in Erbrechtsfragen nirgends eine Gemüthlichkeit; am wenigsten ließ sich die politisch so stramm organisirte, kriegerische Bauernaristokratie Alt-Roms durch solche Motive bestimmen. Daß das sog. formale Notherbrecht mit Herzensregungen nichts gemein hat, beweist zur Genüge der Satz, daß es zwischen Mutter und Kind (vor Nov. 115) niemals ein formales Notherbrecht gegeben hat. (§. 7 J. de exhered. liber. II. 13.)

Auch von der Richtigkeit des Gedankens, der paterfam. habe im Testament ein Urtheil über die sui h. aussprechen müssen „entweder sie ehrend durch den honor der Erbeseinsetzung oder sie für unwürdig erklärend durch die nota der Enterbung" (Schmidt S. 18 fg.), kann ich mich nicht überzeugen.[63]) Gewiß war die Enterbung in sehr vielen Fällen eine Schande für den suus, daher können darauf hindeutende Aeußerungen in den Quellen weder auffallen, noch jene angebliche „Anforderung" der Rechtsordnung an den paterfam. beweisen. „Honor" ist auch das Legat, und doch genügt es nicht dem formellen Notherbrecht. Sehr künstlich ist in den meisten Fällen die „nota" bei einem postumus[64]); endlich gibt Schmidt selbst zu, daß nicht jede Enterbung „notae causa" er-

62) Dies und das Folgende auch gegen Brocher p. 70.

63) Vgl. auch Schröder S. 43 ff.

64) S. Schmidt S. 19 N. 48.

Digitized by Google

folgte.[65]) Ich glaube, es hat sich zunächst um Formvorschriften, und nur um sie, gehandelt.

Die sui waren die nächsten Erben. Daß sie ipso iure Erben werden, ist einerseits in ihrer bisherigen abhängigen Stellung, andererseits aber auch in ihrer vorzüglichen Anwartschaft begründet. Sind sie im Testamente nicht eingesetzt, so liegt der Zweifel, ob dieses dem Willen des Erblassers entspreche, besonders nahe.[66]) Soweit, aber m. E. auch nur so weit, besteht ein Zusammenhang zwischen dem alten Notherbenrecht und der „domestica hereditas". Viel weiter aber gehen manche ältere und neuere Juristen. Unter jenen namentlich Cujacius und Donellus, unter diesen beispielsweise Hunger.[67]) Nach ihm (S. 7, 143 f., 148) müssen die sui „durchaus als Erben anerkannt werden", so daß „die beliebige Berufung einer anderen Person zur Erbschaft der Intestat-Succession ihre Kraft und Wirkung nicht benimmt"; aber er sieht ein solches „Anerkennen" auch in der willkürlichen Exheredation. „Sie sind des Gewalthabers rechtseigenthümliche Erben."[68]) „Jedes anderweitige Erbernennen ist so lange unmöglich, bis ihnen dieser vom Rechte aufgeprägte Charakter durch negative Anerkennung (!) ihrer Erbenqualität genommen wird, sie aus dem Vermögenskreise vom Testirer rechtlich hinausgewiesen sind, und so der testatorischen Willkür ein ungehindertes Verfügungsrecht gewonnen wird." Sachlich stimmt ganz überein Vangerow II. §. 467 (7. Aufl. S. 216). Besonders energisch vertritt die Eigenthümlichkeit der domestica hereditas Brinz[69]), welcher ein „Gesammteigenthum aller in der familia begriffenen freien Personen an allem in dieser Familie erworbenen Vermögen" annimmt, welches „hinter der Alleinberechtigung des Vaters verborgen sei", die aber nur die „stärkste Form von Vertretung und Vollmacht" sein soll.

65) Ebenfalls in N. 48.

66) Vgl. Bluntschli S. 12—14.

67) Das römische Erbrecht (1834), §§. 47, 48.

68) Boissonade p. 65 behauptet gar noch: „le nom singulier d' *heredes sui*, c'est-à-dire, suivant l'opinion la plus accréditée, *heritiers d'eux-mêmes*."(!) Gegen diese veraltete Meinung s. schon Glück, Intestat-Erbfolge (2. Aufl. 1822) S. 180 fg.

69) Lehrbuch d. Pandekten, 1. Aufl. II. (1860) S. 736 ff., 1159 f., §. 250, bes. S. 1176 ff. Dagegen Hölder, Beiträge S. 93 fg.

Digitized by Google

Aehnlich und ebenso eifrig wird die Lehre von den „domestici heredes“ vertheidigt von Danz.[70]) Die Nothwendigkeit der exheredatio beweise, daß sie schon bei Lebzeiten „quodammodo domini“ seien: sie hätten zwar kein „wahres und volles condominium“, aber doch „ein modificirtes Miteigenthum“. Ein wunderliches Miteigenthum, das der Vater mit zwei Worten beseitigen konnte! — Auch Schirmer spricht sich (S. 165 f.) gegen Danz aus; aber zu wie unhaltbaren Resultaten er selbst kommt, indem er aus der „Gütergemeinschaft“ Ernst macht, haben wir schon gesehen. Er spricht sich auch gegen die Ansicht aus, als ob die exheredatio gleichsam eine ademtio hereditatis wäre; in der Sache richtig, doch mit nicht zutreffender Motivirung: durch das Testament werde ein Erbrecht gegeben, aber nicht genommen[71]); auch dies ist noch insofern richtig, als die spes succedendi noch kein Erbrecht ist (mehr aber gibt ja das Testament zunächst auch nicht!); nicht zutreffend jedoch ist die Berufung auf L. 17 §. 2 D. de test. mil. 29. 1; denn sie bezieht sich auf den Widerruf einer testamentarischen Einsetzung in demselben Testamente. S. 179 bemerkt er: „Die exheredatio der sui .... hindert, daß dieselben ipso iure Erben werden“, womit er der von ihm gerade bekämpften Vorstellung sich wieder nähert; das Testament ist es, welches die Delation an die Intestat-Erben hindert; sind diese sui, so würden sie als Delaten ipso iure erwerben, und andererseits ist dann zur Formrichtigkeit des Testamentes die exheredatio erforderlich. Nur in diesem Sinne ist jener Satz wahr. Und so fährt denn Schirmer selbst fort: „Aber sie (die exheredatio) zerstört kein Erbrecht der (sui), ebenso wenig wie die institutio eines Fremden ein Recht des Intestaterben, der übergangen werden darf.“ — Hölder[72]) sieht in der Exheredation eine Zerstörung des „eigenen Rechtes der sui“, ein Seitenstück (nicht zur Emancipation, aber) zur Expropriation. Zum Ausschlusse des suus von der Erbfolge bedarf es der Aufhebung dieses Rechtes; wie

70) Lehrbuch d. Gesch. des römischen Rechtes. 2. Aufl. II. Thl. (1873) §. 160; vgl. auch §. 159 und §. 161.

71) Nebenbei bemerkt, ist dies auch in dem Sinne richtig, als die Römer keine „negativen Testamente“ gekannt haben; s. hierüber unsere Excurse II. S. 39 f.

72) Beiträge S. 88—117.

Digitized by Google

aber, wenn er auf ein Minimum eingesetzt ist? warum bedarf es da keiner exheredatio? Weil auch die Einsetzung des suus eine „Aufhebung seines Geburtsrechtes“ enthält. Schon dieses sehr bedenkliche Argument zeigt, daß die Lehre von der dom. hered. auch in dieser neuesten Gestalt nicht haltbar ist.[73])

73) Ueber das Verhältniß des Accrescenz-Rechtes zur l. Voconia (s. oben S. 205 fg.) spricht sich Hölder S. 108 ff. aus; dagegen Fr. Kahn, Zur Geschichte des röm. Frauen-Erbrechtes (1884) S. 44 f., 92 ff.

Buchdruckerei Julius Klinkhardt, Leipzig.

Digitized by Google

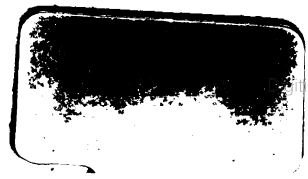
Digitized by Google

Buchdruckerei Julius Klinkhardt, Leipzig.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google

Digitized by Google